1981 Volume 1

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

Editors

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

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

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

Arrêtistes

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

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

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

Published pursuant to the Statute by

BERNARD C. HOFLEY, Q.C.

Registrar of the Court

Publié conformément à la Loi par

BERNARD C. HOFLEY, c.r.

Registraire de la Cour

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1981

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

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

The Honourable RONALD MARTLAND

The Honourable ROLAND A. RITCHIE

The Honourable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

JUGES

DE LA

COUR SUPRÊME DU CANADA

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

L'honorable RONALD MARTLAND

L'honorable ROLAND A. RITCHIE

L'honorable ROBERT GEORGE BRIAN DICKSON

L'honorable JEAN BEETZ

L'honorable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

L'honorable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

L'honorable JULIEN CHOUINARD

L'honorable ANTONIO LAMER

ERRATA

[1980] 2 S.C.R. p. 1085, 1. 36 of the French version. Read "contractuel" instead of "contracel".

[1981] 1 S.C.R. p. 314, 1. 41 of the English and French versions. Read "A. Kerr Twaddle, Q.C." instead of "A. Ken Twaddle, Q.C."

[1980] 2 R.C.S. p. 1085, 1. 36 de la version française. Lire «contractuel» au lieu de «contracel».

[1981] 1 R.C.S. p. 314, 1. 41 des versions anglaise et française. Lire «A. Kerr Twaddle, c.r.» au lieu de «A. Ken Twaddle, c.r.»

MOTIONS—REQUÊTES

Afionis et al. v. Canadian Egg Marketing Agency (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Aimonetti v. The Queen (Man.), leave to appeal refused, 27.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Akins v. Carraher (Alta.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Alexander v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Allan v. Kinloch (Sask.), leave to appeal refused, 1.6.81, autorisation d'appeler refusée.

American Eagle Petroleums Ltd. v. Oriole Oil and Gas Ltd. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Amos et al. v. Rhodenizer et al. (N.S.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Anderson v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Armstrong Cork Canada Ltd. et al. v. Domco Industries Ltd. et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Asbestos Corporation Ltd. v. Société nationale de l'Amiante et autre (Qué.), leave to appeal and order reinstating an interlocutory injunction refused with costs, 16.3.81, autorisation d'appeler et rétablissement d'une injonction interlocutoire refusés avec dépens.

Ashby v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 27.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Association for Public Broadcasting in British Columbia v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission et. al. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 19.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Atco Ltd. et al. v. Calgary Power Ltd. et al. (Alta.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Atkinson v. The Queen (N.B.), leave to appeal [election of mode of trial] refused, 2.3.81, autorisation d'appeler [choix du mode de procès] refusée.

Atkinson v. The Queen (N.B.), leave to appeal [sentencing] refused, 2.3.81, autorisation d'appeler [sentence] refusée.

Atkinson v. Attorney General for New Brunswick et al. (N.B.), notice of discontinuance filed, 13.4.81, avis de désistement produit.

Attorney General (Ont.) v. Harry et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Attorney General (Ont.) v. Yeotes et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Baert v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée.

Beard v. Beard (Alta.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Beck v. Board of Police Commissioners (Town of Lunenburg) (N.S.), leave to appeal refused, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Bennett (Edward) v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 19.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Bennett (Richard Clifford) v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 22.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Bickle (E.W.) Ltd. v. Minister of National Revenue (F.C.A.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Bloomberg in Trust v. Tricont Projects Ltd. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Bolduc v. Procureur général du Québec et autres (Qué.), leave to appeal granted, 17.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Boom Construction Ltd. v. Kleinwort et al. (Nfld.), leave to appeal refused with costs, 1.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Bouchard et autres v. Société canadienne de métaux Reynolds Ltée (Qué.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Boudreau v. Poulin (Qué.), notice of discontinuance filed, 23.3.81, avis de désistement produit.

Bourbonnais et autres v. Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Bourgeois et autres v. Vachon (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Brannson v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

British Aviation Insurance Ltd. v. Lévesque (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

British Columbia Hydro and Power Authority v. Westcoast Transmission Co. Ltd. et al. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

British Columbia Petroleum Corporation v. National Energy Board (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Bromont (Ville de) v. Ministre des Travaux publics et de l'Approvisionnement et autre (Qué.), leave to appeal refused with costs, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Brown (James Herbert) v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Brown (John Wayne) v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Byer v. The Queen (Qué.), leave to appeal refused, 19.5.81 autorisation d'appeler refusée.

Calgary Board of Education v. Attorney General of Alberta et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 1.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Campbell & Haliburton (Regina) Ltd. v. Saskatchewan Telecommunications (Sask.), leave to appeal refused with costs, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Canada Labour Relations Board v. Dome Petroleum Ltd. et al. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 19.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Canada Labour Relations Board et al. v. Halifax Longshoremen's Association, Local 269 (F.C.A.), leave to appeal granted, 16.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Canada Safeway Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers Union, Local 832 (Man.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Canadian Dredge and Dock Co. Ltd. v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

Canadian Human Rights Commission v. Pacific Pilotage Authority et al. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 3.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Riddell Stead & Co. et autres (Qué.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission v. CTV Television Network Ltd. et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

Canadian Utilities Ltd. et al. v. Atco Ltd. et al. (Alta.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Capital Regional District v. Concerned Citizens of B.C. et al. (B.C.), leave to appeal granted, 2.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Champagne v. American Home Assurance Co. (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Charlesbourg (Ville de) v. Breton et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Chartrand v. Vachon (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Château Fort des Laurentides Ltée v. Caisse Populaire de Charlesbourg et autres (Qué.), leave to appeal [hypothecary action] refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler [action hypothécaire] refusée avec dépens.

Château Fort des Laurentides Ltée v. Caisse Populaire de Charlesbourg et autres (Qué.), leave to appeal [surety and hypothec] refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler [cautionnement et hypothèque] refusée avec dépens.

Chénéville (Municipalité du Village de) v. Tremblay et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Chiulli v. G.S.B. Developments Ltd. et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

City Parking Canada Ltd. v. Circuit House Ltd. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Commission des accidents du travail du Québec v. Valade et autre (Qué.), leave to appeal granted, 19.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Conseil canadien des relations du travail et autres v. Paul L'Anglais Inc. et autre (Qué.), leave to appeal granted, 16.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Conseil canadien des relations du travail v. Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie et autre (F.C.A.), leave to appeal granted, 22.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Constitution Insurance Co. v. Coombe (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Consumers' Association of Canada et al. v. British Columbia Telephone Co. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Cooper et al. v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Corcoran et al. v. Moffett et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Corporation municipale de St-David de Falardeau et autre v. Munger (Qué.), leave to appeal granted, 22.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Costello et al. v. City of Calgary (Alta.), leave to appeal granted, 15.6.81, autorisation d'appeler accordée.

CTV Television Network Ltd. v. Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

Dairy Producers Co-operative Ltd. v. Lyons (Sask.), leave to appeal granted, 2.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Danny's Cabaret Ltd. et al. v. Horner (B.C.), leave to appeal refused with costs, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Dehler v. Ottawa Civic Hospital et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Demjen v. Demjen (Ont.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Desourdy Construction Ltée v. Ville de Saint-Jean (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Director of Child Welfare (Man.) et al. v. Y (Man.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

District Court of the United States, Middle District of Florida v. Royal American Shows Inc. et al. (Alta.), leave to appeal granted, 11.5.81, autorisation d'appeler accordée.

Dolan v. Rofalsky et al. (Sask.), leave to appeal refused with costs, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Dow Jones & Co. Inc. v. Attorney General of Canada (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Drew v. McKimm et al. (B.C.), leave to appeal refused, 1.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Dubois v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Ducker v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée.

Dumont v. Boily (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Dunlop v. Attorney General of British Columbia (B.C.), leave to appeal refused, 16.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Dutch Maid Dairy & Ice Cream Co. Ltd. v. The Queen (Man.), leave to appeal refused as an abandoned motion, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée vu l'abandon de la requête.

Earle v. The Queen (Nfld.), notice of discontinuance filed, 15.4.81, avis de désistement produit.

Elsom v. Elsom (B.C.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Emond v. Bolduc Construction Ltée et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Favreau v. Commission de la caisse de retraite des pompiers de la ville de Montréal (Qué.), leave to appeal refused with costs, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Fee et autre v. Bradshaw et autres (F.C.A.), leave granted for a rehearing on whether this appeal should be held to have been abandoned under Rule 59 of the Rules of the Supreme Court of Canada, 6.4.81, nouvelle audition accordée sur le point de savoir si cet appel est censé avoir été abandonné en vertu de la règle 59 des Règles de la Cour suprême du Canada.

Fitzgerald v. The Queen (N.S.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Foley et al. v. McQuay et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Fort Garry School Division No. 5 v. Division Association No. 5 of the Manitoba Teachers' Society (Man.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Fraser-Brace Maritimes Ltd. v. Central Mortgage and Housing Corporation et al. (N.S.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Fraternité des chauffeurs d'autobus et opérateurs de métro et employés de services connexes au transport de la C.T.C.U.M. et autre v. Tremblay et autre (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Gabriel v. Banque Canadienne Impériale de Commerce (Qué.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Gagliardi v. The Queen et al. (B.C.), leave to appeal refused, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Gaja v. The Queen (B.C.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Gannon v. Payne (Alta.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Gore et al. v. Children's Aid Society of Ottawa (Ont.), leave to appeal refused, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Grand Prix Construction Ltée v. Société canadienne d'hypothèques et de logement (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Graves v. The Queen (N.S.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Hanson et al. v. Johnson et al. (Y.T.), leave to appeal granted, 11.5.81, autorisation d'appeler accordée.

Hanson et al. v. Roberts et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Harper v. The Queen (Man.), leave to appeal refused, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Haugen v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 27.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Henuset Rentals Ltd. v. United Association of Journeymen & Apprentices of the Plumbling & Pipefitting Industry of the U.S. and Canada, Local Union 488 (Sask.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Hobbins v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Hope (Lloyd Alexander) v. Nepean Carleton Developments Ltd. et al. (Ont.), notice of discontinuance filed, 11.2.81, avis de désistement produit.

Hope (Scott Munro) et al. v. Nepean Carleton Developments Ltd. et al. (Ont.), notice of discontinuance filed, 11.2.81, avis de désistement produit.

Hôpital St-Luc v. Lafrance et autre (Qué.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Husain v. Portage La Prairie School Division No. 24 et al. (Man.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Immeubles Canton Ltée v. Trust Général du Canada et autres (Qué.), leave to appeal granted, 2.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Immeubles Canton Ltée v. Trust Général du Canada et autres (Qué.), notice of discontinuance filed, 7.5.81, avis de désistement produit.

Importations Casanova Ltée et autres v. Calzaturificio Napoleone, s.a.s., Di Petrini Zeno & Co. (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Insurance Corporation of British Columbia v. Herspink et al. (B.C.), leave to appeal granted, 19.5.81, autorisation d'appeler accordée.

Intertec Internationale Technische Assistenz, G.m.b.H., et al. v. Neptune Bulk Terminals Ltd., et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Irving v. Derby (Ont.), leave to appeal refused with costs, 3.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Iyar (Eddy) v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal [regarding application to vary appeal case] refused, 11.5.81, autorisation d'appeler [relative à la demande de modification du dossier d'appel] refusée.

Iyar (Eddy) v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal [regarding convention refugee status] refused, 11.5.81, autorisation d'appeler [relative au statut de réfugié au terme de la convention] refusée.

Iyar (Leslee) v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal [regarding application to vary appeal case] refused, 11.5.81, autorisation d'appeler [relative à la demande de modification du dossier d'appel] refusée.

Iyar (Leslee) v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal [regarding convention refugee status] refused, 11.5.81, autorisation d'appeler [relative au statut de réfugié au terme de la convention] refusée.

Janiuk v. Janiuk (Man.), leave to appeal refused with costs, 16.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Janke v. Holzer (Alta.), leave to appeal granted, 28.5.81, autorisation d'appeler accordée.

Kiist et al. v. Canadian Pacific Co. et al. (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Kirsh et al. v. The Queen (Qué.), leave to appeal granted for a rehearing on whether this appeal should be deemed abandoned under s. 623(2) of the Criminal Code [published at [1981] 1 S.C.R. 438], 27.1.81, nouvelle audition autorisée sur le point de savoir si ce pourvoi est censé avoir été abandonné en vertu du par. 623(2) du Code criminel [publié à [1981] 1 R.C.S. 438].

Koebel v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée.

Langille et al. v. Toronto-Dominion Bank (N.S.), leave to appeal granted, 16.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Larocque v. The Queen (Man.), leave to appeal refused, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Leatherdale v. Leatherdale (Ont.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Leblanc v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Lemire (also known as Gary Ross Nicholson) v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Lucas v. Antoniak et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Lunenburg Police Association, Local 207 of Nova Scotia v. Town of Lunenburg (N.S.), leave to appeal refused, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Maejima v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal [regarding application to vary appeal case] refused, 11.5.81, autorisation d'appeler [relative à la demande de modification du dossier d'appel] refusée.

Maejima v. Immigration Appeal Board (F.C.A.), leave to appeal [regarding convention refugee status] refused, 11.5.81, autorisation d'appeler [relative au statut de réfugié au terme de la convention] refusée.

Marhoff v. X-Ray Centre et al. (Ont.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Marine Industries Ltd. v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

Martin v. Chapman et autres (F.C.A.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Marvco Color Research Ltd. v. Harris et al. (Ont.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Masai Minerals Ltd. et al. v. Texas International Co. (Sask.), leave to appeal refused with costs, 27.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Mascouche (Ville de) v. Yvon Gaboury et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Mensink v. Dueck et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Metropolitan Toronto Police Association v. Metropolitan Toronto Board of Commissioners (Ont.), leave to appeal granted, 28.5.81, autorisation d'appeler accordée.

Meyer v. Corporation of the District of Surrey (B.C.), leave to appeal refused with costs, 27.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Miller et al. v. Ameri-Cana Motel Ltd. (Ont.), leave to appeal granted, 11.5.81, autorisation d'appeler accordée.

Miller v. Gosselin et al. (Sask.), leave to appeal refused, 3.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Minister of Finance of Nova Scotia v. Stora Kopparbergs Bergslags Aktiebolag (N.S.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Minister of Justice of Canada et al. v. Borowski (Sask.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Moncton Family Outfitters Ltd. v. New Brunswick Electric Power Commission (N.B.), leave to appeal refused with costs, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Montréal (Ville de) v. Bureau des examinateurs électriciens de la province de Québec et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Moreira v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Morin v. La Reine (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 17.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Municipality of Metropolitan Toronto v. Poole Construction Ltd. et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Murdoch v. The Queen (Man.), notice of discontinuance filed, 2.4.81, avis de désistement produit.

McGillis v. The Queen (Sask.), leave to appeal refused, 16.6.81, autorisation d'appeler refusée.

McNamara v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

McNamara Corporation Ltd. v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Nadeau v. Succession de feu Arthur Robitaille (Qué.), leave to appeal refused with costs, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Neptune Bulk Terminals Ltd., et al. Intertec Internationale Technische Assistenz, G.m.b.H. v. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Newry Holdings Ltd. et al. v. York Condominium Corporation No. 167 et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Nicholson v. The Queen (Man.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police et al. (Ont.), leave to appeal refused, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Nimegeers v. The Queen (Sask.), leave to appeal refused, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée.

North Canada Air Ltd. v. Canada Labour Relations Board (F.C.A.), leave to appeal refused, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Northern Pipeline Agency v. Perehinec (Alta.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Ontario Nurses' Association et al. v. Haldimand-Norfolk Regional Health Unit (Ont.), leave to appeal granted, 16.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Ontario Nurses' Association et al. v. Perth District Health Unit (Ont.), leave to appeal granted, 16.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Ontario Public Service Employees' Union et al. v. Attorney General for Ontario (Ont.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

O'Rourke v. Caisse Populaire de Sacré Cœur Saguenay (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Ouimet et autre v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée.

P-B Fabricators Ltd. v. Saskatchewan Economic Development Corporation et al. (Sask.), leave to appeal refused with costs, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Pagé v. Procureur général du Québec (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Parent (Victor) Inc. v. Heller Natofin Ltée et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Parker v. The Queen (Alta.), notice of discontinuance filed, 18.3.81, avis de désistement produit.

Pelletier v. Corriveau (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Piccinin et al. v. The Queen (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Pioneer Machinery Co. Ltd. v. M.E.L. Industries Ltd. et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Pitts Engineering Construction Ltd. et al. v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Pitts Insurance Co. v. Kloppenburg (Ont.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Poitras v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Polai v. Corporation of City of Toronto (Ont.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Procureur général du Canada v. St-Hubert Base Teachers' Association (Qué.), leave to appeal granted, 15.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Procureur général du Québec v. Lechasseur et autres (Qué.), leave to appeal granted, 19.5.81, autorisation d'appeler accordée.

Procureur général du Québec v. Ropin Inc. et autre (Qué.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Project Planning Associates (International) Ltd. v. Ministre d'État de la Principauté de Monaco et al. (Ont.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Proulx v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Abbey (B.C.), leave to appeal granted, 22.6.81, autorisation d'appeler accordée.

R.v. Armstrong (Ont.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Board of Education of the Saskatoon East School Division No. 41 of Saskatchewan et autre (Sask.), leave to appeal refused with costs, 17.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

R. v. Braithwaite et al. (N.S.), leave to appeal refused, 28.1.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Budin (Ont.), leave to appeal refused, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Crosthwait (Nfld.), application for a rehearing of this appeal on the question of costs is allowed. By consent, the parties are excused from complying with the Rules. With the consent of the appellant, it is ordered that the appellant pay the respondent's costs in this Court on a solicitor and client basis, 22.6.81, la demande de nouvelle audition de cet appel sur la question des dépens est accueillie. Sur consentement, les parties sont dispensées de se conformer aux Règles. Du consentement de l'appelante, il est ordonné que l'appelante paye les dépens de l'intimé en cette Cour comme entre avocat et client.

R. v. Downey et al. (N.S.), leave to appeal refused, 28.1.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Farrant (Sask.), leave to appeal granted, 16.6.81, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Gee (Alta.), leave to appeal granted, 16.3.81, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Kizan (B.C.), leave to appeal refused, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Kopyto (Ont.), leave to appeal refused, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. MacDougall (N.S.), leave to appeal granted, 15.6.81, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Medicine Hat Greenhouses Ltd. et al. (Alta.), leave to appeal refused, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Melford Developments Inc. (F.C.A.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Sceptre Dredging Ltd. et al. (Ont.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Simard (Ont.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

R. v. Skolnick (Ont.), leave to appeal granted, 22.6.81, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Turgeon (Qué.), leave to appeal granted, 16.3.81, autorisation d'appeler accordée.

R. v. Wetmore et al. (B.C.), leave to appeal refused, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée.

R.O.M. Construction Ltd. v. Electric Power Equipment Ltd. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Rattray et al. v. Cochin Pipe Lines Ltd. (Alta.), leave to appeal refused, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Raymond et autres v. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada et autres (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Reid v. Ferland et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Reiser v. The Queen (Man.), leave to appeal granted, 16 and 17.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Ringrose v. Zimmer et al. (Alta.), leave to appeal refused with costs, 27.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Risby v. Van-Doornick et al. (N.W.T.), leave to appeal refused with costs, 16.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Rivard v. La Reine (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Robar v. The Queen (N.S.), leave to appeal granted, 2.3.81, autorisation d'appeler accordée.

Robertson v. The Queen (B.C.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Roud v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée.

Ruddick v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Ruttan v. Ruttan (B.C.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

Sale v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Samson et autre v. Ville de Saint-Bruno de Montarville (Qué.), leave to appeal refused with costs, 28.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Saraos v. Immigration Appeal Board et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Scallen v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Scott v. The Queen (Alta.), leave to appeal refused, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Sechik et al. Grywinski (Ont.), leave to appeal refused with costs, 16.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Sécurité, Compagnie d'assurances générales du Canada et autre v. Léo Lisi Ltée et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Services aériens Laurentien Ltée v. Société d'énergie de la Baie James (Qué.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Shell Oil v. Commissioner of Patents (F.C.A.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

Siedmiogrodzki v. Immigration Appeal Board et al. (F.C.A.), leave to appeal refused, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée.

Sigurdson v. Reid et al. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 19.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Simpson v. The Queen (Ont.), leave to appeal from the affirmation of the conviction on count 1 refused, 22.6.81, autorisation d'appeler de la confirmation de la déclaration de culpabilité sur le premier chef refusée.

Slesar et al. v. Shaver Hospital for Chest Diseases (Ont.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Smallwood v. Sparling (F.C.A.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Smith v. The Queen (F.C.A.), leave to appeal granted, 2.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Sonsie et al. v. Freier (Man.), leave to appeal refused, 16.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Sous-ministre du Revenu du Québec v. Université de Montréal (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Speciale v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée.

Sterner et al. v. The Queen (Sask.), leave to appeal granted, 15.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Sterner v. Vander Kracht (Sask.), leave to appeal granted, 15.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Stubart Investments Ltd. v. Minister of National Revenue (F.C.A.), leave to appeal granted, 22.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Stuck et al. v. Braidwood, Nuttall, MacKenzie, Brewer, Greyell & Co. et al. (B.C.), leave to appeal refused, 17.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Sunderland v. Travis (Alta.), leave to appeal refused with costs, 1.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Sweet (Frederick Graham) v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 19.3.81, autorisation d'appeler refusée.

Sweet (James Adam) v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Syndicat canadien de la Fonction publique v. Paul L'Anglais et autre (Qué.), leave to appeal granted, 16.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Conseil canadien des relations du travail et autre (F.C.A.), leave to appeal granted, 22.6.81, autorisation d'appeler accordée.

Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Charles Borromée v. Lapointe (Qué.), leave to appeal refused with costs, 17.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Tawco Ltd. v. Mingle (Ont.), leave to appeal refused with costs, 28.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Taylor v. The Queen (Nfld.), leave to appeal refused, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée.

Taylor et al. v. Canadian Human Rights Commission (F.C.A.), leave to appeal refused with costs, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Teamsters Union Local 938 of the International Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America et al. v. Massicotte et al. (F.C.A.), leave to appeal granted, 17.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Thorne's Hardware Ltd. et al. v. La Reine et autre (F.C.A.), leave to appeal granted, 27.1.81, autorisation d'appeler accordée.

Thornton Holdings Ltd. v. Commissioner of the Yukon Territory (Y.T.), leave to appeal refused with costs, 17.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Titus v. The Queen (Ont.), leave to appeal granted, 3.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Tri-State Investments Co. Ltd. v. Albanese (Qué.), leave to appeal refused with costs, 11.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Trizec Equities Ltd. et al. v. Assessor of Area 10, Burnaby—New Westminster Assessment District - (B.C.), leave to appeal refused with costs, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Trustees of St. Peter's Evangelical Lutheran Church, Ottawa, v. Council of the Corporation of the City of Ottawa et al. (Ont.), leave to appeal granted, 6.4.81, autorisation d'appeler accordée.

Vaccaro v. Lapointe et autre (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Vancouver (City of) v. Gulf Canada Ltd. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 16.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Vancouver Island Development Corporation Ltd. et al. v. Jawl Industries Ltd. (B.C.), leave to appeal refused with costs, 2.2.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Vetter v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.), leave to appeal refused, 17.2.81, autorisation d'appeler refusée.

Viglione(A.) & Bros. Inc. v. Otis Elevator Co. Ltd. (Qué.), leave to appeal refused with costs, 2.3.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Vincent v. Fraser (N.S.), leave to appeal refused with costs, 19.5.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Vinet (Jean-Louis) Inc. v. Blanchette et autres (Qué.), leave to appeal refused with costs, 6.4.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Walters v. Ontario Securities Commission (Ont.), leave to appeal refused with costs, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée avec dépens.

Williams v. The Queen (Ont.), leave to appeal refused, 27.1.81, autorisation d'appeler refusée.

Wilson v. The Queen (Man.), leave to appeal refused, 15.6.81, autorisation d'appeler refusée.

Yepremian et al. v. Scarborough General Hospital et al. (Ont.), notice of discontinuance filed, 13.2.81, avis de désistement produit.

Zingre v. The Queen (Man.), leave to appeal granted, 16 and 17.2.81, autorisation d'appeler accordée.

Zivomir v. La Reine (Qué.), leave to appeal refused, 22.6.81, autorisation d'appeler refusée.

TABLE OF JUDGMENTS

PAGE

A

Alaska Trainship Corporation *et al.* v. Pacific Pilotage Authority 261
Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. *et al.*, Athabasca Tribal Council v. 699
Armor Ascenseur Québec Ltée v. Caisse de dépôt et placement du Québec 12
Athabasca Tribal Council v. Amoco Canada Petroleum Co. Ltd. *et al.* 699
Attorney General of Quebec v. Blaikie *et al.* 312
Aziz, R. v. 188

B

B.C. Marine Shipbuilders Ltd. *et al.*, Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. 363
Bergstrom v. The Queen 539
Blaikie *et al.*, Attorney General of Quebec v. 312
Blanchette *et al.* v. Municipal Corporation of Bécancour 77
Boggs v. The Queen 49

C

CKCV (Québec) Ltée v. Canada Labour Relations Board 411
Caisse de dépôt et placement du Québec, Armor Ascenseur Québec Ltée v. 12
Cameron *et al.* v. Excelsior Life Insurance Co. 138
Canada Labour Relations Board, CKCV (Québec) Ltée v. 411
Canadian Consumer Co. Ltd., Nault v. 553
Canadian General Electric Co. Ltd., Liverpool & London & Globe Ins. Co. Ltd. *et al.* v. 600
Civil Service Commission of Nova Scotia *et al.*, Nova Scotia Government Employees Association *et al.* v. 211
Colet v. The Queen 2

PAGE

Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. Quebec Urban Community Transit Commission 424
Congoleum Canada Ltd. *et al.* v. Montreal Urban Community *et al.* 280
Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd. 504
Corporation of City of Vanier, Texaco Canada Ltd. v. 254

D

Desaulniers v. Ford Motor Co. of Canada Ltd. 260
Director of Child Welfare (Manitoba) *et al.* v. Y. 625
Dorbern Investments Ltd. v. Provincial Bank of Canada 459

E

Edmunds v. The Queen 233
Employment and Immigration Commission of Canada v. MacDonald Tobacco Inc. 401
Energy Resources Conservation Board *et al.*, Fulton *et al.* v. 153
Excelsior Life Insurance Co., Cameron *et al.* v. 138

F

Fisher *et al.*, Schiller *et al.* v. 593
Ford Motor Co. of Canada Ltd., Desaulniers v. 260
Fulton *et al.* v. Energy Resources Conservation Board *et al.* 153

G

Galipeau *et al.*, Paquette *et al.* v. 29
Gibb, Munro *et al.* v. 42

PAGE

Goulet, Order of Chartered Accountants of Quebec v. ... 295

H

Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, Nicholson v. ... 92
Hébert v. The Queen ... 361

I

Isabelle *et al.* v. Ontario Public Service Employees Union ... 449

K

Kaufman *et al.*, Vaccher *et al.* v. ... 301
Kelso v. The Queen ... 199
Kirsch *et al.* v. The Queen (*Motion*) ... 437
Kirsch *et al.* v. The Queen (*Rehearing of motion*) 438
Kirsch *et al.* v. The Queen ... 440

L

Lavoie v. Michaud ... 445
Leeming *et al.* v. The Queen in right of the Province of New Brunswick ... 129
Leeming *et al.*, R. in right of the Province of New Brunswick v. ... 129
Lightfoot v. The Queen ... 566
Liverpool & London & Globe Ins. Co. Ltd. *et al.* v. Canadian General Electric Co. Ltd. ... 600

M

MacDonald Tobacco Inc., Employment and Immigration Commission of Canada v. ... 401
MacLeod Savings & Credit Union Ltd. v. Perrett 78
MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd., Consolboard Inc. v. ... 504
Metropolitan Trust Co. *et al.* v. Morenish Land Developments Ltd. ... 171
Michaud, Lavoie v. ... 445

PAGE

Montreal Urban Community *et al.*, Congoleum Canada Ltd. *et al.* v. ... 280
Moosehunter v. The Queen ... 282
Morenish Land Developments Ltd., Metropolitan Trust Co. *et al.* v. ... 171
Municipal Corporation of Bécancour, Blanchette *et al.* v. ... 77
Munro *et al.* v. Gibb ... 42

N

National Drying Machinery Co., Wabasso Ltd. v. 578
Nault v. Canadian Consumer Co. Ltd. ... 553
Nenn v. The Queen ... 631
Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police ... 92
Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. *et al.* v. Pelletier *et al.* ... 67
Nova Scotia Government Employees Association *et al.* v. Civil Service Commission of Nova Scotia *et al.* ... 211

O

Ontario Public Service Employees Union, Isabelle *et al.* v. ... 449
Order of Chartered Accountants of Quebec v. Goulet ... 295

P

Pacific Pilotage Authority, Alaska Trainship Corporation *et al.* v. ... 261
Paquette *et al.* v. Galipeau *et al.* ... 29
Pelletier *et al.*, Nissan Automobile Co. (Canada) Ltd. *et al.* v. ... 67
Perrett, MacLeod Savings & Credit Union Ltd. v. 78
Provincial Bank of Canada, Dorbern Investments Ltd. v. ... 459

Q

Quebec Urban Community Transit Commission, Comité régional des usagers des transports en commun de Québec v. ... 424

PAGE

R

R. v. Aziz 188
R. v. Sherwood and Ricard 335
R. v. Vasil 469
R. in right of the Province of New Brunswick v. Leeming *et al.* 129
R. in right of Ontario *et al.* v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. 111
Régie des installations olympiques, Terrasses Zarolega Inc. *et al.* v. 94
Residential Tenancies Act, 1979, Re 714
Resolution to amend the Constitution, Re 753
Revelle v. The Queen 576
Rhynard *et al.* v. The Queen 564
Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., R. in right of Ontario *et al.* v. 111
Rothman v. The Queen 640

S

Schiller *et al.* v. Fisher *et al.* 593
Sherwood and Ricard, R. v. 335
Szpyt v. The Queen 248

T

Terrasses Zarolega Inc. *et al.* v. Régie des installations olympiques 94
Texaco Canada Ltd. v. Corporation of City of Vanier 254
The Queen in right of the Province of New Brunswick, Leeming *et al.* v. 129
The Queen, Bergstrom v. 539
The Queen, Boggs v. 49
The Queen, Colet v. 2
The Queen, Edmunds v. 233
The Queen, Hébert v. 361
The Queen, Kelso v. 199
The Queen, Kirsch *et al.* v. (*Motion*) 437
The Queen, Kirsch *et al.* v. (*Rehearing of motion*) 438
The Queen, Kirsch *et al.* v. 440
The Queen, Lightfoot v. 566
The Queen, Moosehunter v. 282
The Queen, Nenn v. 631
The Queen, Revelle v. 576
The Queen, Rhynard *et al.* v. 564
The Queen, Rothman v. 640
The Queen, Szpyt v. 248
The Queen, Thériault v. 336
The Queen, Vaillancourt v. 69
Thériault v. The Queen 336

V

Vaccher *et al.* v. Kaufman *et al.* 301
Vaillancourt v. The Queen 69
Vasil, R. v. 469

W

Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co. 578
Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. *et al.* 363

Y

Y, Director of Child Welfare (Manitoba) *et al.* 625

TABLE DES JUGEMENTS

PAGE

A

Administration de pilotage du Pacifique, Alaska Trainship Corporation *et autre* c. 261
Alaska Trainship Corporation *et autre* c. Administration de pilotage du Pacifique 261
Armor Ascenseur Québec Ltée c. Caisse de dépôt et placement du Québec 12
Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse *et autres* c. Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse *et autre* 211
Association des fonctionnaires provinciaux de l'Ontario, Isabelle *et autres* c. 449
Athabasca Tribal Council c. Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée *et autres* 699
Automobiles Nissan du Canada Ltée *et autre* c. Pelletier *et autres* 67
Aziz, R. c. 188

B

B.C. Marine Shipbuilders Ltd. *et autres*, Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. 363
Banque Provinciale du Canada, Dorbern Investments Ltd. c. 459
Bergstrom c. La Reine 539
Blaikie *et autres*, Procureur général du Québec c. 312
Blanchette *et autres* c. Corporation municipale de Bécancour 77
Boggs c. La Reine 49

C

CKCV (Québec) Ltée c. Conseil canadien des relations du travail 411
Caisse de dépôt et placement du Québec, Armor Ascenseur Québec Ltée c. 12
Cameron *et autres* c. Compagnie d'assurance-vie Excelsior 138
Canadian Consumer Co. Ltd., Nault c. 553
Canadian General Electric Co. Ltd., Liverpool & London & Globe Ins. Co. Ltd. *et autres* c. 600
Colet c. La Reine 2
Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec .. 424
Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. MacDonald Tobacco Inc. 401
Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse *et autre*, Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse *et autres* 211
Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec, Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c... 424
Communauté urbaine de Montréal *et autre*, Congoleum Canada Ltd. *et autres* c. 280
Compagnie d'assurance-vie Excelsior, Cameron *et autres* c. 138
Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée *et autres*, Athabasca Tribal Council c. 699
Congoleum Canada Ltd. *et autres* c. Communauté urbaine de Montréal *et autre* 280
Conseil canadien des relations du travail, CKCV (Québec) Ltée c. 411
Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd. 504
Corporation municipale de Bécancour, Blanchette *et autres* c. 77
Corporation of City of Vanier, Texaco Canada Ltd. c. 254

D

Desaulniers c. Ford du Canada Ltée 260
Directeur de la protection de l'enfance (Manitoba) *et autres* c. Y 625
Dorbern Investments Ltd. c. Banque Provinciale du Canada 459

PAGE

E

Edmunds c. La Reine 233
Energy Resources Conservation Board *et autre*, Fulton *et autres* c. 153

F

Fisher *et autres*, Schiller *et autres* c. 593
Ford du Canada Ltée, Desaulniers c. 260
Fulton *et autres* c. Energy Resources Conservation Board *et autre* 153

G

Galipeau *et autre*, Paquette *et autre* c. 29
Gibb, Munro *et autre* c. 42
Goulet, Ordre des comptables agréés du Québec c. 295

H

Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police, Nicholson c. 92
Hébert c. La Reine 361

I

Isabelle *et autres* c. Association des fonctionnaires provinciaux de l'Ontario 449

K

Kaufman *et autre*, Vaccher *et autre* c. 301
Kelso c. La Reine 199
Kirsch *et autre* c. La Reine (*Requête*) 437
Kirsch *et autre* c. La Reine (*Réaudition de la requête*) 438
Kirsch *et autre* c. La Reine 440

PAGE

L

La Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, Leeming *et autre* c. 129
La Reine, Bergstrom c. 539
La Reine, Boggs c. 49
La Reine, Colet c. 2
La Reine, Edmunds c. 233
La Reine, Hébert c. 361
La Reine, Kelso c. 199
La Reine, Kirsch *et autre* c. (*Requête*) 437
La Reine, Kirsch *et autre* c. (*Réaudition de la requête*) 438
La Reine, Kirsch *et autre* c. 440
La Reine, Lightfoot c. 566
La Reine, Moosehunter c. 282
La Reine, Nenn c. 631
La Reine, Revelle c. 576
La Reine, Rhynard *et autre* c. 564
La Reine, Rothman c. 640
La Reine, Szpyt c. 248
La Reine, Thériault c. 336
La Reine, Vaillancourt c. 69
Lavoie c. Michaud 445
Leeming *et autre* c. La Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick 129
Leeming *et autre*, R. du chef de la province du Nouveau-Brunswick c. 129
Lightfoot c. La Reine 566
Liverpool & London & Globe Ins. Co. Ltd. *et autres* c. Canadian General Electric Co. Ltd. 600
Loi de 1979 sur la location résidentielle 714

M

MacDonald Tobacco Inc., Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada c. 401
MacLeod Savings & Credit Union Ltd. c. Perrett 78
MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd., Consolboard Inc. c. 504
Metropolitan Trust Co. *et autres* c. Morenish Land Developments Ltd. 171
Michaud, Lavoie c. 445
Moosehunter c. La Reine 282
Morenish Land Developments Ltd., Metropolitan Trust Co. *et autres* 171
Munro *et autre* c. Gibb 42

PAGE

N

National Drying Machinery Co., Wabasso Ltd. c. 578
Nault c. Canadian Consumer Co. Ltd. 553
Nenn c. La Reine 631
Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police 92

O

Ordre des comptables agréés du Québec c. Goulet 295

P

Paquette *et autre* c. Galipeau *et autre* 29
Pelletier *et autres*, Automobiles Nissan du Canada Ltée *et autre* c. 67
Perrett, MacLeod Savings & Credit Union Ltd. c. 78
Procureur général du Québec c. Blaikie *et autres* 312

R

R. du chef de l'Ontario *et autre* c. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. 111
R. du chef de la province du Nouveau-Brunswick c. Leeming *et autre* 129
R. c. Aziz 188
R. c. Sherwood et Ricard 335
R. c. Vasil 469
Régie des installations olympiques, Terrasses Zarolega Inc. *et autres* c. 94
Résolution pour modifier la Constitution, Renvoi: 753
Revelle c. La Reine 576
Rhynard *et autre* c. La Reine 564

PAGE

Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd., R. du chef de l'Ontario *et autre* c. 111
Rothman c. La Reine 640

S

Schiller *et autres* c. Fisher *et autres* 593
Sherwood et Ricard, R. c. 335
Szpyt c. La Reine 248

T

Terrasses Zarolega Inc. *et autres* c. Régie des installations olympiques 94
Texaco Canada Ltd. c. Corporation of City of Vanier 254
Thériault c. La Reine 336

V

Vaccher *et autre* c. Kaufman *et autre* 301
Vaillancourt c. La Reine 69
Vasil, R. c. 469

W

Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co. 578
Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. *et autres* 363

Y

Y, Directeur de la protection de l'enfance (Manitoba) *et autres* c. 625

TABLE OF CASES CITED

TABLE DES CAUSES CITÉES

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A.G.B.C. v. A.G. Canada	[1937] A.C. 368.	60
Abrath v. North Eastern Ry Co	(1883), 11 Q.B.D. 440.	344
Adams v. Lindsell	(1818), 1 B. & Ald. 681.	597
Adegbenro v. Akintola	[1963] A.C. 614.	885
Alexander E. Hull & Co.v. M'Kenna	[1926] I.R. 402.	780
Alliance Assurance Co. *et al.* v. Dominion Electric Protection Company Limited	[1970] S.C.R. 168.	586
Alppi v. Hamel	(1939), 66 K.B. 448.	23
Alward and Mooney v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 559.	672, 685
Amax Potash Ltd. *et al.* v. Government of Saskatchewan	[1977] 2 S.C.R. 576.	841
Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission *et al.*	[1969] 1 All E.R. 208.	104
Annie Hay (The)	[1968] 1 All E.R. 657.	310
Apogee Investments Ltd. and Saber, Re	(1978), 21 O.R. (2d) 663.	726
Arseneau v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 136.	885
Ascenseurs Leclerc Ltée v. Sinotal Inc. et autres	[1975] C.S. 1027.	18
Ashby *et al.*, Re	[1934] O. R. 421.	273
Assistance Loan and Finance Corporation v. Bourassa	[1972] C.A. 631.	16
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503.	278
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada and Others	[1939] A.C. 117.	723
Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General of Canada	[1937] A.C. 368.	722
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 326.	821
Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association	[1971] S.C.R. 689.	721
Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada	[1896] A.C. 348.	326
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada	[1912] A.C. 571.	820, 850
Attorney-General of British-Columbia v. Attorney-General of Canada	(1889), 14 App. Cas. 295.	877
Attorney General of Canada v. Higbie *et al.*	[1945] S.C.R. 385.	197
Attorney General of Canada v. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.	[1961] S.C.R. 775.	721
Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada	[1951] S.C.R. 31.	804, 843

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Attorney General of Ontario v. Mercer	(1883), 8 App. Cas. 767.	877
Attorney-General of Ontario v. Winner	[1954] A.C. 541.	161
Attorney General of Quebec *et al.* v. Farrah *et al.*	[1978] 2 S.C.R. 638.	732
Attorney General of Quebec v. Blaikie *et al.*	[1981] 1 S.C.R. 312.	885
Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others	[1976] 1 Q.B. 752.	779
Authority of Parliament in relation to the Upper House (the Senate Reference), Re	[1980] 1 S.C.R. 54.	780, 825, 875
Azoulay v. The Queen	[1952] 2 S.C.R. 495.	355

B

B., Re	(1976), 30 C.C.C. (2d) 524.	75
Baldwin International Radio Company of Canada, Limited v. Western Electric Co. Inc, and Northern Electric Co., Ltd.	[1934] S.C.R. 94.	519
Bank of Montreal v. Royal Bank of Canada	[1933] S.C.R. 311.	379
Barraclough v. Brown	[1897] A.C. 615.	105
Becker, Gray and Company v. London Assurance Corporation	[1918] A.C.101.	615
Bélanger v. The Montreal Water and Power Company	(1914), 50 S.C.R. 356.	430
Bell v. Ontario Human Rights Commission	[1971] S.C.R. 756.	104
Belle River Community Arena W. J. C. Kaufmann Co. Ltd. *et al.*	(1978), 20 O.R. (2d) 447.	117
Beresford v. Royal Insurance Company Limited	[1938] A.C. 586.	623
Bertho v. Hôpital de Chicoutimi	[1976] C.A. 154.	107
Blackburn v. Attorney-General	[1971] 2 All E.R. 1380.	780
Block-Glowczynski *et al.* and Stanga *et al.*, Re	(1978), 22 O.R. (2d) 376.	726
Board of Commerce Act, 1919 (The), In re	[1922] 1 A.C. 191.	61
Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King	[1916] 1 A.C. 566.	820, 877
Boudreau v. The King	[1949] S.C.R. 262.	662, 681
Bray v. Ford	[1896] A.C. 44.	355
British Coal Corp. and Others v. The King	[1935] A.C. 500.	779
British Columbia Power Corp., Ltd. v. British Columbia Electric Co. Ltd. *et al.*	[1962] S.C.R. 642.	842
British Columbia Telephone Company and other persons v. Marpole Towing Limited [Chugaway II]	[1971] S.C.R. 321.	309
British United Shoe Machinery Company Ld. v. A. Fussell & Sons Ld.	(1908), 25 R.P.C. 631.	532
Burton Parsons Chemicals, Inc. *et al.* v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd. *et al.*	[1976] 1 S.C.R. 555.	522

C

Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.	[1954] S.C.R. 207.	160
Campisi v. Procureur général du Québec	[1978] C.A. 520.	107
Canadian General Electric Co., Ld. v. Fada Radio Ld.	(1930), 47 R.P.C. 69.	534
Canadian Overseas Telecommunications Union and Teleglobe Canada *et al.*	(1979), 32 D.I. 270.	417
Carltona Ltd. v. Commissioners of Works	[1943] 2 All E. R. 560.	885

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Cassidy v. Stuart	[1928] 3 D.L.R. 879.	106
Chalifour v. Parent	(1901), 31 S.C.R. 224.	448
Charles Goodfellow Lumber Sales Limited v. Borromée Verreault, Captain Fernand Hovington and Verreault Navigation Inc.	[1971] S.C.R. 522.	393
Chartrand v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 314.	360
Cheyne v. Cheyne	[1977] C.A. 319.	33
Cities Service Oil Co. Ltd. and City of Kingston, Re	(1956), 5 D.L.R. (2d) 126.	256
City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co. Ltd.	[1923] S.C.R. 652.	106
Co-Operators Insurance Association v. Kearney	[1965] S.C.R. 106.	45
Cohen v. Bonnier and Dame Stone	(1923), 36 K.B. 1.	558
Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland	[1916] 2 A.C. 610.	780
Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning	[1964] S.C.R. 49.	536
Commissioners of Customs and Excise v. Harz *et al.*	[1967] 1 A.C. 760.	645
Committee for Justice and Liberty *et al.* v. National Energy Board *et al.*	[1978] 1 S.C.R. 369.	274
Commonwealth v. Kreglinger	(1926), 37 C.L.R. 393.	885
Concrete Column Clamps Ltd. v. City of Quebec	[1940] S.C.R. 522, aff. (1939), 67 K.B. 537.	23
Copyright Owners Reproduction Society Ltd. v. E.M.I. (Australia) Proprietary Ltd.	(1958), 100 C.L.R. 597.	780
Corporation of the City of Mississauga v. The Regional Municipality of Peel *et al.* (The)	[1979] 2 S.C.R. 244.	732
Cotroni v. Attorney General of Canada	[1976] 1 S.C.R. 219.	196
Craft Finance Corp. v. Louis Belle-Isle Lumber Inc. and Fernhill Homes Ltd.	[1966] S.C.R. 661.	18
Creative Press Limited v. Harman	[1973] I.R. 313.	87
Croisetière v. Gélinas	[1977] C.A. 183.	448

D

D.P.P. v. Newbury	[1976] 2 All E.R. 365.	485
Dairy Industry Act (Margarine Reference), Re	[1949] S.C.R. 1, aff. [1951] A.C. 179.	61
Delegation of Legislative Jurisdiction, Re	[1948] 4 D.L.R. 1.	804
Derek Clayton-Wright	(1948), 33 Cr. App. R. 22.	356
Desrosiers v. Léger	(1923), 29 R.L. N.S. 435.	23
DeClercq v. The Queen	[1968] S.C.R. 902.	647
"Dimitrios N. Rallias" (The)	(1922) 13 Ll. L.R. 363.	398
Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. v. Laura Anne Thompson	[1971] A.C. 458.	589
Downey v. The Queen	[1971] N.Z.L.R. 97.	483
Dubreuil Dame v. Lepore	[1957] C.S. 293.	448
Dufresne v. Forest	[1976] C.A. 416.	430
Dugal v. Lefebvre	[1934] S.C.R. 501.	33
Dunbar v. The King	[1936] 4 D.L.R. 737.	500
Dupont *et al.* v. Inglis *et al.*	[1958] S.C.R. 535.	734
Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts	[1977] 2 S.C.R. 1132.	104

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
E		
Eccles v. Bourque	[1975] 2 S.C.R. 739.	8
Edwards and Others v. Attorney-General for Canada and Others	[1930] A.C. 124.	723
Employees of the Regional Comptroller (The) and the Canadian National Railways and the Canadian Brotherhood of Railway Transport and General Workers	(1975), 9 D.I. 20.	418
Ernewein v. The Minister of Employment and Immigration	[1980] 1 S.C.R. 639.	92
F		
Fobasco Ltd. and Abrams *et al.*, Re	(1977), 13 O.R. (2d) 342.	177
Foxwell v. Bostock and Others	(1864), 4 De G.J. & S. 298, 46 E.R. 934.	532
François Nolin Ltée v. Commission des Relations de Travail du Québec and François Asselin	[1968] S.C.R. 168.	427
G		
Gallant v. The King	[1949] 2 D.L.R. 425, (1948), 23 M.P.R. 48.	881
General Tire and Rubber Company v. Firestone Tyre and Rubber Company Limited and Others	[1972] R.P.C. 457.	535
Gerson, Re, Nightingale, Re	[1946] S.C.R. 538.	73
Goodyear Tire & Rubber Company of Canada Limited v. The Queen	[1956] S.C.R. 303.	61
Governor and Company of the Bank of England (The) v. Vagliano Brothers	[1891] A.C. 107.	84
Gralewicz *et al.* v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 493.	488
Graves v. The King	(1913), 47 S.C.R. 568.	471
H		
Harrison v. Toronto Motor Car Limited and Krug	[1945] O.R. 1.	45
Henri Gadbois *et al.* v. Armand Boileau *et al.* and Stimson-Reeb Builders Supply Company	[1929] S.C.R. 587.	24
Herman *et al.* v. Deputy Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 729.	740
Heustis v. The New Brunswick Electric Power Commission	[1979] 2 S.C.R. 768.	137
Hewson v. The Ontario Power Company of Niagara Falls	(1905), 36 S.C.R. 596.	161
Hinks & Son v. Safety Lighting Company	(1876), 4 Ch. D. 607.	521
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117.	801, 817
Home Oil Distributors, Limited v. Attorney-General of British Columbia	[1940] S.C.R. 444.	722
Horvath v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 376.	649, 668, 686
Hudolin v. Premier Trust Co.	(1977), 17 O.R. (2d) 257.	184
I		
Ibrahim v. The King	[1914] A.C. 599.	649, 662, 679
Ibralebbe v. The Queen	[1964] A.C. 900.	885

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
J		
J. R. Short Milling Company (Canada) Limited v. George Weston Bread and Cakes Limited *et al.*	[1941] Ex. C.R. 69 aff'd [1942] S.C.R. 187.	537
John Burrows Ltd. *et al.* v. Subsurface Surveys Ltd.	[1968] S.C.R. 607.	87
Johnson, In re	(1887), 20 Q.B. 68.	74
Joseph Watson and Son, Ltd. v. Firemen's Fund Insurance Company of San Francisco	[1922] 2 K. B. 355.	619
K		
Kacianoff v. China Traders Insurance Company Limited	[1914] 3 K.B. 1121.	618
Kelsey v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 220.	355
Kivenko v. Yagod	[1928] S.C.R. 421, aff. (1928), 44 Q.B. 330.	33
Knight of St. Michael (The)	[1898] P. 30.	618
Kootenay and Elk Railway Company and Burlington Northern, Inc. v. Canadian Pacific Railway Company	[1974] S.C.R. 955.	161
L		
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Limited	[1949] A.C. 134.	730
Ladore and Others v. Bennett and Others	[1939] A.C. 468.	722, 798
Laidlaw v. The Municipality of Metropolitan Toronto	[1978] 2 S.C.R. 736.	723
Lamberton v. Aiken	(1899), 37 Sc. L.R. 138.	82
Larkin v. The King	(1942), 29 Cr. App. R. 18.	485
Letang v. Cooper	[1965] 1 Q.B. 232.	723
Lewis Duncan, In the matter of	[1958] S.C.R. 41.	74
Lightning Fastener Company Limited v. Colonial Fastener Company, Limited *et al.*	[1933] S.C.R. 377.	534
Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick	[1892] A.C. 437.	319, 801, 818, 877
Liversidge v. Anderson	[1942] A.C. 206.	885
Lizotte v. The Queen	[1953] 1 S.C.R. 411.	355
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba	[1925] A.C. 384.	850
Lord's Day Alliance v. A.G.B.C. *et al.*	[1959] S.C.R. 497.	62
Lovell Manufacturing Company *et al.* v. Beatty Bros. Limited	(1962), 23 Fox Pat. C. 112.	534
Lumberland Inc. v. Nineteen Hundred Tower Ltd.	[1977] 1 S.C.R. 581.	20
Luscar Collieries, Limited v. McDonald and Others	[1927] A.C. 925.	161
M		
MacDonald and Railquip Enterprises v. Vapour Canada	[1977] 2 S.C.R. 134.	63
Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.	[1899] A.C. 626.	798
Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George	[1969] 1 A.C. 645.	775, 854
Manuge v. Dominion Atlantic Railway	[1973] S.C.R. 232.	145
Marcoux and Solomon v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 763.	653, 665, 682

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Marshall v. Fournelle	[1927] S.C.R. 48, aff. (1926), 40 Q.B. 391.	33
Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier	[1969] S.C.R. 745.	587
Maxine Footwear Company Ltd. *et al.* v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.	[1957] S.C.R. 801.	394
Maxwell v. D.P.P.	[1935] A.C. 309.	687
McLean v. Pettigrew	[1945] S.C.R. 62.	589
McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. *et al*	[1971] 3 O.R. 801.	124
McNamara Construction (Western) Limited *et al.* v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 654.	375
Melançon v. Commissaires d'écoles de Grand'Mère	(1934), 58 K.B. 498.	559
Mensinger v. O'Hara	(1914), 189 Ill. App. 48.	549
Metenko v. The Queen	(1951), 101 C.C.C. 312.	664
Miglinn and Castleholm Construction Ltd., Re	(1974), 5 O.R. (2d) 444.	182
Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines, Limited	[1947] Ex. C.R. 306.	520
Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand (The)	[1979] 1 S.C.R. 495.	406, 635
Monsanto Company v. Commissioner of Patents	[1979] 2 S.C.R. 1108.	523
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.	[1975] 1 S.C.R. 393.	589
Morris v. The Crown Office	[1970] 1 All E.R. 1079.	74
Munn & Shea Limited v. Hogue Ltée and H. Davis	[1928] S.C.R. 398.	18
Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.	[1958] S.C.R. 626.	821
N		
Nagotcha v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 714.	670
New York Life Insurance Co. v. Glenbarr Development Ltd. *et al.*	[1979] C.S. 572.	19
Nineteen Hundred Tower Ltd. *et al.* v. Cassiani *et al.*	[1967] S.C.R. vi; [1967] Q.B. 787.	18
Noor Mohamed v. The King	[1949] A.C. 182.	687
Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation	[1950] S.C.R. 36.	520
North Coast Air Services Ltd. v. Canadian Transport Commission	[1968] S.C.R. 940.	329
Notre-Dame Hospital v. Patry	[1975] 2 S.C.R. 388.	585
Nova Scotia Government Employees Association, Scratch, Theriault and Watts v. Nova Scotia Civil Service Commission	(1977), 24 N.S.R. (2d) 364.	231
O		
Ottawa Valley Power Co. v. Attorney-General of Ontario	[1936] 4 D.L.R. 594.	161
P		
Paasche, Re	(1979), 26 N.B.R. (2d) 199.	135
Pajelle Investments Limited v. Herbold and Herbold	[1976] 2 S.C.R. 520.	739
Paquette v. The Queen	[1977] 2 S.C.R. 189.	500
Pepita and Doukas, Re	(1979), 101 D.L.R. (3d) 577.	733
Pepper v. Webb	[1969] 1 W.L.R. 514.	209
Pérusse et Papa v. Les Commissaires d'écoles de St-Léonard de Port-Maurice	[1970] C.A. 324.	428
Piché v. The Queen	[1971] S.C.R. 23.	645, 666

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Pillai v. Mudanayake and Others	[1953] A.C. 514.	723
Pong v. Quong and Chong	[1927] S.C.R. 271.	739
Provincial Secretary of P.E.I. v. Egan	[1941] S.C.R. 396.	53

Q

Quebec County Railway Company v. Montcalm Land Company Limited	(1928), 46 K.B. 262.	560
Quebec North Shore Paper Company *et al.* v. Canadian Pacific Limited *et al.*	[1977] 2 S.C.R. 1054.	375
Quebec Railway Light & Power Co. v. Beauport	[1945] S.C.R. 16.	161

R

R. v. Akey	[1979] 1 M.V.R. 293.	52
R. v. Almon	(1765), 97 E.R. 94.	74
R. v. American Optical Company *et al.*	(1950), 11 Fox Pat. C. 62.	526
R. v. Attorney-General of British Columbia	[1924] A. C. 213.	877
R. v. Audley (Lord)	(1631), St. Tr. 401.	550
R. v. Borg	[1969] S.C.R. 551.	360
R. v. City of Sault Ste. Marie	[1978] 2 S.C.R. 1299.	499
R. v. Cook	[1959] 2 Q. B. 340.	687
R. v. Crisham	(1841), Car. & M. 187.	545
R. v. Crosthwait	[1980] 1 S.C.R. 1089.	569
R. v. Demeter	(1975), 10 O.R. (2d) 321.	344
R. v. DeWolfe	(1976), 31 C.C.C. (2d) 23.	483
R. v. Eldershaw	(1828), 3 Car. & P. 396.	551
R. v. Fitton	[1956] S.C.R. 958.	651, 662, 667, 681
R. v. Folkes and Ludds	(1832), 1 Mood. 354.	545
R. v. Frank	(1969), 69 W.W.R. 588.	657
R. v. Gaehring	(1956), 20 W.W.R. 189.	66
R. v. Gorgichuk	(1970), 1 C.C.C. (2d) 492.	572
R. v. Gray and Wise	(1835), 7 Car. & P. 164.	545
R. v. Harder	[1956] S.C.R. 489.	548
R. v. Hauser	[1979] 1 S.C.R. 984.	191
R. v. Hughes *et al.*	[1942] S.C.R. 517.	471
R. v. Jory	(1978), 46 C.C.C. (2d) 44.	252
R. v. Lord Baltimore	(1768), 4 Burr. 2179.	550
R. v. Mansour	[1979] 2 S.C.R. 916.	54
R. v. McIntosh	(1869), 12 N.B.R. 372.	741
R. v. McLeod	(1968), 5 C.R.N.S. 101.	657, 675
R. v. Muisi (No. 1)	(1974), 11 N.S.R. (2d) 104.	664
R. v. Munro	(1959), 22 D.L.R. (2d) 443.	54
R. v. Pettipiece	(1972), 7 C.C.C. (2d) 133.	664
R. v. Prue and Baril	[1979] 2 S.C.R. 547.	53
R. v. Racine	(1977), 32 C.C.C. (2d) 468.	442
R. v. Ram and Ram	(1893), 17 Cox C.C. 609.	550
R. v. Rogers	(1972), 6 C.C.C. (2d) 496.	572
R. v. Rustad	[1965] 1 C.C.C. 323.	565

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Sang	[1980] A.C. 402.	655
R. v. Serné and another	(1887), 16 Cox C.C. 311.	486
R. v. Smith	[1935] 2 W.W.R. 433.	286
R. v. Stewart	(1980), 21 A.R. 300.	664
R. v. Strongquill	(1953), 8 W.W.R. 247.	286
R. v. Sutherland, Wilson and Wilson	(1980), 53 C.C.C. (2d) 289; [1980] 2 S.C.R. 451.	288
R. v. Szoboszloi	[1970] 5 C.C.C. 366.	246
R. v. Tennant and Naccarato	(1975), 23 C.C.C. (2d) 80.	483, 502
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited and Foundation Company of Canada Limited	[1980] 1 S.C.R. 695.	374
R. v. Uhlemann Optical Company	(1949), 10 Fox Pat. C. 24 aff'd [1952] 1 S.C.R. 143.	534
R. v. Upton and Gutteridge	(1851), 5 Cox C.C. 298.	489
R. v. Ware	(1975), 30 C.R.N.S. 308.	574
R. v. Warickshall	(1783) 1 Leach, 263.	685
R. v. West	(1915), 24 C.C.C. 249, affirmed 25 C.C.C. 145.	236
R. v. Whynacht	[1942] 1 D.L.R. 238.	54
R. v. Wray	[1971] S.C.R. 272.	687
Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings.	[1933] S.C.R. 269.	877
Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] S.C.R. 1.	61, 278
Reference re Adoption Act and Other Acts	[1938] S.C.R. 398.	729
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100.	844
Reference re Anti-Inflation Act	[1976] 2 S.C.R. 373.	722
Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation	[1938] S.C.R. 71.	778, 879
Reference re Eskimos	[1939] S.C.R. 104.	722
Reference re Magistrate's Court of Quebec	[1965] S.C.R. 772.	850
Reference Re: Offshore Mineral Rights of British Columbia	[1967] S.C.R. 792.	803
Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements	(1978), 89 D.L.R. (3d) 460.	750
Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations	[1950] S.C.R. 124.	722
Reference re Waters and Water-Powers	[1929] S.C.R. 200.	850, 876
References re The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act	[1936] S.C.R. 461.	776
Regents of the University of California v. Bakke	98 S. Ct. 2733 (1978).	711
Reilly v. The King	[1934] A.C. 176.	221
Riverston Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd., ("Muncaster Castle")	[1961] A.C. 807.	395
Robin Hood Flour Mills Limited v. N.M. Paterson & Sons Limited	[1967] 1 Ex. C.R. 431, aff'd [1968] 1 Ex. C.R. 175.	395
Rodi & Wienenberger A.G. v. Metalliflex Limited	(1959), 19 Fox Pat. C. 49.	525
Roger Landry Ltée v. Place St-Gabriel Inc.	[1973] C.S. 12.	18
Rogers' Trusts (In re)	(1860), 1 DR. & SM. 338.	180
Rosenhain and Co. v. Commonwealth Bank of Australia	[1922] V.L.R. 787.	90
Ross v. Dunstall; Ross v. Emery	(1921), 62 S.C.R. 393.	585

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Ross v. The York, Newcastle & Berwick Railway Company	(1849), 18 L.J.Q.B. 199.	741

S

Sandoz Patents Limited v. Gilcross Limited, formerly Jules R. Gilbert Limited	[1974] S.C.R. 1336.	522
Saskatchewan Power Corp. *et al.* v. Trans Canada Pipelines Ltd.	[1979] 1 S.C.R. 297.	160
Savard and Lizotte v. The King	[1946] S.C.R. 20.	346
Scottish Metropolitan Assurance Company Limited v. Canada Steamship Lines, Limited	[1930] S.C.R. 262.	397
Semayne's	77 E.R. 194,5 Co. Rep. 91 a.	8
Senate Reference, Re Authority of Parliament in relation to the Upper House	[1980] 1 S.C.R. 54.	780, 825, 875
Shenton v. Smith	[1895] A.C. 229.	222
Sikyea v. The Queen	(1964), 2 C.C.C. 129.	293
Silver's Garage Limited v. The Town of Bridgewater	[1971] S.C.R. 577.	145
Société québécoise d'exploitation minière v. Hébert *et al.*	[1974] C.A. 78.	107
Sofinec Inc. v. Amico Inc.	[1969] Q.B. 941.	18
Sorel Industries Ltd. v. Rhoades	[1945] K.B. 247.	591
Spencer v. Alaska Packers Association	(1904), 35 S.C.R. 362.	355
Standard Reliance Mortgage Corporation v. Stubbs	(1917), 55 S.C.R. 422.	177
Stein Estate v. The Ship "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802.	307
Stevenson v. Florant	[1925] S.C.R. 532, aff. by [1927] A.C. 211.	33
Stirland v. D.P.P.	[1944] A.C. 315.	687
Stockdale v. Hansard	(1839), 9 Ad. and E. 1.	881
Swait v. Board of Trustees of Maritime Transportation Unions	(1966), 61 D.L.R. (2d) 317.	722

T

Tilson *et al.* and Dougherty, Re	(1975), 8 O.R. (2d) 203.	182
Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia) *et al.*	[1977] 1 S.C.R. 112.	731
Toronto v. Bell Telephone Co.	[1905] A.C. 52.	164
Toronto Corporation v. York Corporation	[1938] A.C. 415.	729
Toronto Electric Commissioners v. Snider *et al.*	[1925] A.C. 396.	61
Toronto Elevators Limited v. Colonial Steamship Limited	[1950] Ex. C.R. 371.	395
Towah Interest Ltd. v. Procureur général du Québec	[1968] R.P. 378.	107
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.	375
Trower & Sons Ltd. v. Ripstein	[1944] 4 D.L.R. 497.	591
Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell	[1917] A.C. 62.	325
Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.	(1902), 20 R.P.C. 77.	523

U

Unifloc Reagents, Ld. v. Newstead Colliery, Ld.	(1943), 60 R.P.C. 165.	526
United Steelworkers of America v. Weber	99 S. Ct. 2721 (1979).	711

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
V		
Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec	[1979] 1 S.C.R. 555.	104
Val-Mar Swimming Pools Ltd. v. Richelieu Industrial Leasehold Inc.	[1978] C.S. 877.	19
Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead	[1975] 2 S.C.R. 831.	149
Villemure v. Turcot	[1973] S.C.R. 716.	587
W		
Walithy Charters Limited *et al.* v. Doig and City of Vancouver *et al.* [Golden Summer]	(1979), 15 B.C.L.R. 45.	310
Walker's Case	(1587), 76 E.R. 676.	718
Ward v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 30.	652, 666, 669
Warren Ross *et al.* v. Côme Boisvert and Antonio Bibeau *et al.*	[1978] C.S. 290.	448
Western Canada Steamship Company Limited v. Canadian Commercial Corporation and Others	[1960] S.C.R. 632.	394
Western Electric Company, Incorporated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada	[1934] S.C.R. 570.	521
White v. Republic Fire Insurance Co.	(1869), 57 Maine Reports 91.	618
Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Ry. Co.	[1922] 1 A.C. 202.	330, 880
X		
Xerox of Canada Ltd. v. IBM Canada Ltd.	(1977), 33 C.P.R. (2d) 24.	536

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour Suprême du Canada

Volume 1, 1981

1er volume, 1981

Franz Colet *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: December 2; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Warrant to seize firearms — Owner of land refusing entry to police officers — Warrant to seize not including right to search — Criminal Code, s. 105(1), 618(2)(a) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(2).

The appellant was charged with five counts including two counts of attempted murder and two counts of intending to cause bodily harm, all of which arose out of his conduct in defence of his property, which the City of Prince Rupert had instructed to be demolished, against what he deemed to be a wrongful intrusion of police officers acting under the purported authority of a warrant to seize firearms issued under s. 105(1) of the *Criminal Code.*

A verdict of acquittal was entered on behalf of appellant at a trial held before a judge and a jury in view of the trial judge's ruling that a warrant to seize did not give police officers a right to search.

The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal and directed a new trial.

Hence, the appeal to this Court on the following questions of law: 1. That the Court of Appeal for British Columbia erred in law in ruling that the learned trial judge was wrong in holding that a warrant issued by a judge of the Supreme Court of British Columbia under s. 105 of the *Criminal Code* did not include the right to enter and search for the items directed to be seized; 2. that the Court of Appeal for British Columbia erred in law in holding that the learned trial judge was wrong in charging the jury and instructing them that at the time of the incidents giving rise to the charges the police officers involved were trespassers on the appellant's property; 3. that the Court of Appeal for British Columbia erred in law in ruling that the learned trial judge was wrong in failing to charge the jury that at all material times the police officers were in the lawful execution of their duty.

Held: The appeal should be allowed.

Franz Colet *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 2 décembre; 1981: 27 janvier.

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

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

Droit criminel — Mandat de saisie d'armes à feu — Propriétaire du terrain refusant de laisser entrer les policiers — Mandat de saisie n'incluant pas le droit de perquisitionner — Code criminel, art. 105(1), 618(2)a) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(2).

L'appelant a été inculpé sur cinq chefs d'accusation, dont deux de tentative de meurtre et deux autres d'avoir tenté de causer des lésions corporelles. Ces accusations découlent de ce qu'il a fait pour défendre sa propriété, que la ville de Prince Rupert avait ordonné de démolir, contre ce qu'il estimait être une intrusion illégale des policiers qui agissaient sous l'autorité apparente d'un mandat de saisie délivré sous le régime du par. 105(1) du *Code criminel.*

Le verdict d'acquittement de l'appelant prononcé à l'issue d'un procès devant un juge et un jury vu la décision du juge du procès qu'un mandat de saisie ne donne pas le droit aux policiers de perquisitionner.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli le pourvoi et ordonné un nouveau procès.

D'où, le pourvoi à cette Cour qui soulève les trois questions de droit suivantes: 1. la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en décidant que le savant juge du procès a conclu à tort que le mandat délivré par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 105 du *Code criminel* ne comprenait pas le droit de pénétrer dans un lieu et d'y perquisitionner pour découvrir les objets dont il ordonnait la saisie; 2. la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en décidant que le savant juge du procès a exposé à tort au jury qu'au moment de l'incident à l'origine des accusations, les policiers étaient des intrus sur la propriété de l'appelant; 3. la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en décidant que le savant juge du procès a eu tort de ne pas indiquer au jury qu'à toute l'époque en cause, les policiers agissaient dans l'exercice légitime de leurs fonctions.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

What is involved here is a long-standing right of a citizen of this country to the control of his own property, including the right to determine who shall and who shall not be permitted to invade it.

All sections of the *Criminal Code* are presumably enacted "in the public interest". It would be dangerous to hold that private rights of the individual to the exclusive enjoyment of his own property are to be subject to invasion by police officers not armed with express authority to justify their action. The authority to seize specified in that warrant did not carry with it the right to enter and search.

Section 26(2) of the *Interpretation Act* is not applicable to the circumstances for any provision authorizing police officers to search and enter private property must be phrased in express terms. Such a power which has not been expressly conferred cannot be supplied by involving the provisions of the *Interpretation Act*.

Semayne's case (1604), 77 E.R. 194, 5 Co. Rep. 91a; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1] allowing an appeal against a verdict of acquittal by a judge and a jury. Appeal allowed.

Jay Clarke, for the appellant.

W. G. Burke-Robertson, Q.C., and *M. G. A. Angene*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal brought pursuant to s. 618(2)(*a*) of the *Criminal Code* from a judgment of the Court of Appeal of British Columbia whereby that Court allowed an appeal by the Crown from a verdict of acquittal entered on behalf of the appellant at a trial held before Mr. Justice Toy sitting with a jury.

The appellant had been charged with five counts including two counts of attempted murder and two counts of intending to cause bodily harm, all of which arose out of his conduct in defence of his property against what he deemed to be the wrongful intrusion of police officers acting under the purported authority of a warrant to seize issued under s. 105(1) of the *Criminal Code*.

[1] (1979), 46 C.C.C. (2d) 243.

Ce qu'on soulève ici, c'est le droit depuis longtemps reconnu d'un citoyen de ce pays d'être maître de sa propre maison, y compris le droit de décider qui pourra et qui ne pourra pas y entrer.

On présume que tous les articles du *Code criminel* sont adoptés «dans l'intérêt public». Il serait dangereux de conclure que les droits privés d'une personne à la jouissance exclusive de sa propriété doivent être assujettis au droit des policiers non munis d'une autorisation expresse qui justifie leurs actes. Le pouvoir de saisie énoncé dans ce mandat n'accordait pas le droit d'entrer et de perquisitionner.

Le paragraphe 26(2) de la *Loi d'interprétation* n'est pas applicable puisqu'une disposition autorisant les policiers à pénétrer sur une propriété privée et à y perquisitionner doit être rédigée en termes explicites. On ne peut suppléer à un tel pouvoir qui n'a pas été accordé expressément en invoquant les dispositions de la *Loi d'interprétation.*

Jurisprudence: L'arrêt *Semayne* (1604), 77 E.R. 194, 5 Co. Rep. 91a; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a accueilli un appel d'un verdict d'acquittement rendu par un juge et un jury. Pourvoi accueilli.

Jay Clarke, pour l'appelant.

W. G. Burke-Robertson, c.r., et *M. G. A. Angene*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi fondé sur l'al. 618(2)*a*) du *Code criminel* attaque un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui a accueilli l'appel formé par le ministère public contre l'acquittement de l'appelant prononcé à l'issue d'un procès devant le juge Toy et un jury.

L'appelant a été inculpé sur cinq chefs d'accusation, dont deux de tentative de meurtre et deux autres d'avoir tenté de causer des lésions corporelles. Ces accusations découlent de ce qu'il a fait pour défendre sa propriété contre ce qu'il estimait être une intrusion illégale des policiers qui agissaient sous l'autorité apparente d'un mandat de saisie délivré sous le régime du par. 105(1) du *Code criminel.*

[1] (1979), 46 C.C.C. (2d) 243.

The circumstances giving rise to this case are somewhat startling and are described in those paragraphs of Mr. Justice Toy's instructions to the jury which are now conveniently reported in [1978] 1 W.W.R. at p. 673 *et seq* to which more extensive reference will hereafter be made. I think it convenient, however, to summarize the background which gave rise to the appellant's actions which form the substance of the allegations against him.

In the month of January, 1977, the City Council of the City of Prince Rupert, B.C., for reasons of its own, instructed employees in its Public Works Department to "clean up" the appellant's property, including the total destruction of a rudimentary shelter which he called his home and in which he resided. Not surprisingly the appellant was much incensed at this prospect and he made it widely known that he would not let the work crew of the city enter on his property and in fact that he would defend it by all possible means. In due course members of the R.C.M.P. became apprehensive that the appellant might use firearms or other offensive weapons to prevent the city work crew from destroying his habitat and as the event turned out their fears were not without foundation. After taking legal advice the R.C.M.P. obtained a warrant under the authority of Mr. Justice Hutcheon who was acting pursuant to s. 105(1) of the *Criminal Code* of Canada as it then was which provides that:

105. (1) Where, upon application to a court made by or on behalf of the Attorney General with respect to any person, the court is satisfied that there are reasonable grounds for believing that it is not desirable, in the interests of the safety of that person or of other persons, that person should own or have in his possession, custody or control a firearm or other offensive weapon or any ammunition or explosive substance, the court may issue a warrant authorizing the seizure of any firearm or other offensive weapon or any ammunition or explosive substance owned by or in the possession, custody or control of that person.

The warrant granted by Mr. Justice Hutcheon read as follows:

WHEREAS it appears on the oaths of Sgt. Gordon McDougal, Leslie Jensen, Sgt. R. E. Fairhurst, Leslie Yates, and J. C. Ewart, that there are reasonable

Les faits de cette affaire sont assez stupéfiants; le juge Toy les a relatés dans son exposé au jury qui est maintenant publié à [1978] 1 W.W.R. aux pp. 673 et suiv., et j'y reviendrai plus en détail. J'estime cependant utile de résumer les faits à l'origine des actes de l'appelant sur lesquels se fondent les accusations portées contre lui.

En janvier 1977, le conseil municipal de Prince Rupert (C.-B.), pour des raisons qui lui sont propres, a ordonné aux employés de son service des travaux publics de «nettoyer» la propriété de l'appelant, et, notamment, de démolir un abri rudimentaire qu'il appelait sa maison et dans lequel il vivait. Il n'est pas étonnant que cette perspective ait mis l'appelant en colère, et il a clairement fait savoir qu'il ne laisserait pas les employés de la ville pénétrer sur sa propriété et qu'il la défendrait par tous les moyens possibles. Finalement, des membres de la G.R.C. en sont venus à craindre que l'appelant n'utilise des armes à feu ou d'autres armes offensives pour empêcher les employés de la ville de démolir son logis, et les événements devaient confirmer leurs craintes. Après une consultation juridique, la G.R.C. a obtenu du juge Hutcheon un mandat délivré en vertu du par. 105(1) du *Code criminel* du Canada qui se lisait comme suit:

105. (1) Lorsque, sur demande faite à une cour par le procureur général ou en son nom à l'égard d'une personne, la cour est convaincue qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il n'est pas souhaitable pour la sécurité de cette personne ou d'autres personnes, que cette personne soit propriétaire ou ait la possession, la garde ou le contrôle d'une arme à feu ou autre arme offensive, de munitions ou de substances explosives, la cour peut émettre un mandat autorisant la saisie d'une arme à feu ou autre arme offensive, de munitions ou de substances explosives dont cette personne est propriétaire ou dont elle a la possession, la garde ou le contrôle.

La mandat délivré par le juge Hutcheon se lit comme suit:

[TRADUCTION] ATTENDU qu'il appert des dépositions sous serment du sergent Gordon McDougal, de Leslie Jensen, du sergent R. E. Fairhurst, de Leslie Yates et de

grounds for believing that it is not desirable, in the interests of the safety of Franz Giacomelli Colet or of other persons, that Franz Giacomelli Colet should own or have in his possession, custody or control, a firearm or other offensive weapons or any ammunition or explosive substances;

You are hereby commanded to *seize* any firearms or other offensive weapons or any ammunition or explosive substance owned by or in the possession, custody or control of Franz Giacomelli Colet. (The italics are my own).

Armed with this warrant the R.C.M.P. approached the home of the appellant with a view to searching the premises for firearms or other offensive weapons or explosive substances. The appellant adhered to the view that the police were without authority to search his home and he mounted the roof from which he threw some gasoline at the policemen and otherwise indicated his determination to defend his property.

In the course of his instructions to the jury at the trial of the appellant, Mr. Justice Toy made the ruling to which I have referred and which is more fully reproduced in the Western Weekly Reports at pp. 673 to 675 to the following effect:

I don't want to keep you unduly; on the other hand, I promised you I would give you oral reasons for the ruling that I pre-emptorily made several days ago. I ruled, without giving any reasons, on 23rd November 1977, that the warrant to seize, granted by my brother Hutcheon, pursuant to s. 105(1) of the Canadian Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, did not authorize the peace officers in possession of that warrant to enter and search the accused's property. The senior peace officer, a sergeant of the R.C.M.P. of Prince Rupert, had solicited the advice of a solicitor retained by an agent of the Attorney General of the province, and I was satisfied that the warrant in question had been obtained on proper grounds.

The learned trial judge's reasons are more fully expressed at pp. 674 and 675 of the report:

The warrant of seizure was, as s. 105(1) anticipates, granted on an ex parte basis. Although the warrant was waved at the accused from a distance he was told that it was a warrant of the Supreme Court of British Columbia. The sergeant later told the accused it was a warrant to *search*—and I italicize the word "search"—

J. C. Ewart qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il n'est pas souhaitable pour la sécurité de Franz Giacomelli Colet ou d'autres personnes que Franz Giacomelli Colet soit propriétaire ou ait la possession, la garde ou le contrôle d'une arme à feu ou autre arme offensive, de munitions ou de substances explosives;

Les présentes vous enjoignent de *saisir* toute arme à feu ou autre arme offensive, ou toutes munitions ou substances explosives dont Franz Giacomelli Colet est propriétaire ou dont il a la possession, la garde ou le contrôle. (Les italiques sont de moi.)

Munis de ce mandat, les agents de la G.R.C. se sont approchés de la maison de l'appelant en vue d'y faire une perquisition à la recherche d'armes à feu, d'autres armes offensives ou de substances explosives. L'appelant a persisté dans son opinion que les policiers n'avaient pas le pouvoir de perquisitionner chez lui; il est monté sur le toit d'où il a jeté de l'essence sur les policiers, tout en indiquant qu'il était résolu à défendre sa propriété.

Dans son exposé au jury au procès de l'appelant, le juge Toy a rendu la décision dont j'ai parlé et qui est reproduite de façon plus complète aux *Western Weekly Reports*, aux pp. 673 à 675:

[TRADUCTION] Je ne veux pas vous retenir plus qu'il ne faut; par contre, j'ai promis de vous donner de vive voix les motifs de la décision préalable que j'ai rendue il y a quelques jours. Le 23 novembre 1977, j'ai décidé sans donner aucun motif, que le mandat de saisie délivré par le juge Hutcheon conformément au par. 105(1) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-34, n'autorisait pas les agents de la paix en possession de ce mandat à pénétrer sur la propriété de l'accusé et à y perquisitionner. L'agent de la paix principal, un sergent de la G.R.C. de Prince Rupert, avait demandé conseil à un avocat choisi par un représentant du procureur général de la province, et je suis convaincu que le mandat en question a été obtenu pour des motifs valables.

Les motifs du savant juge du procès sont exposés de façon plus complète aux pp. 674 et 675 du recueil:

[TRADUCTION] Le mandat de saisie a été accordé, comme le prévoit le par. 105(1), sur une demande *ex parte*. Bien qu'on ait brandi de loin le mandat pour le montrer à l'accusé, on lui a dit qu'il s'agissait d'un mandat de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Plus tard, le sergent a dit à l'accusé qu'il s'agissait

for firearms, weapons, ammunition and explosive substances.

I concluded, after anxious consideration, that the warrant granted pursuant to s. 105 did not authorize an entry onto the accused's lands, nor did it authorize the peace officers to search the accused's lands in the absence of his licence or permission. My reasons for so holding are as follows:

1. The plain meaning of "to seize" does not, by definition or implication, indicate to me a power to enter or to search.

2. The special procedures in Pt. XIII of the Criminal Code—specifically ss. 443 and 447—refer to seizing and searching, which suggests to me one does not necessarily include the other, nor are they synonymous.

3. Other sections of the Criminal Code that recognize the distinction between searching and seizing can be found in ss. 353(1) and 181.

4. In the 1968-69 session of the Parliament of Canada, the gun control legislation was substantially altered. At that time, the present s. 105 was introduced as a new concept; namely, a procedure to remove from the citizen any weapons he otherwise lawfully possessed on the grounds that such removal was for his or others' safety: see 1968-69, c. 38, s. 98G.

At the same time, Parliament and presumably the legislative draftsmen amended the search and seizure authority section of the Code where such authority is given without a warrant if, on reasonable and probable grounds, a peace officer believes that an offence is being or has been committed. Here see former s. 96(1), 1953-54, c. 51, and the amended version, 1968-69, c. 38 98E(1).

It seems to me that Parliament, if it had intended that the peace officers authorized to seize were to have the extraordinary powers to search dwelling houses, property and/or persons, such powers would have been spelled out with particularity at the same time such as they were in s. 96(1), 1968-69, c. 38.

5. It seems to me on principle that, if a citizen is to have his rights or freedoms restricted or impaired, the legislation should clearly delineate the impairment, and restrictive rather than a broad interpretation should be placed on such legislation.

d'un mandat de *perquisition*—et je mets le mot «perquisition» en italique—pour chercher des armes à feu, d'autres armes, des munitions et des substances explosives.

Après mûre réflexion, je suis venu à la conclusion que le mandat accordé en vertu de l'art. 105 n'autorise pas les agents de la paix à pénétrer sur le terrain de l'accusé ni à y perquisitionner sans sa permission. Ma décision s'appuie sur les motifs suivants:

1. Le sens ordinaire de «saisir» ne connote pas à mon avis, par définition ou par interprétation, un pouvoir de pénétrer ou de perquisitionner.

2. Les procédures spéciales prévues à la Partie XIII du *Code criminel*, en particulier les art. 443 et 447, traitent de la saisie et de la perquisition, ce qui me porte à croire que l'une ne comprend pas nécessairement l'autre et que ce ne sont pas des synonymes.

3. Le paragraphe 353(1) et l'art. 181 du *Code criminel* sont d'autres dispositions qui reconnaissent une distinction entre la perquisition et la saisie.

4. Au cours de la session de 1968-69 du Parlement du Canada, la législation sur le contrôle des armes à feu a été modifiée en profondeur. A ce moment-là, l'art. 105 actuel a été présenté comme un concept nouveau; c'est-à-dire une procédure visant à enlever à un citoyen les armes que, par ailleurs, il possède légitimement parce que cette mesure est nécessaire à la sécurité de ce citoyen ou d'autres personnes: voir 1968-69, chap. 38, art. 98G.

En même temps, le législateur et probablement les rédacteurs législatifs ont modifié les articles du *Code* relatifs au pouvoir de perquisition et de saisie lorsque ce pouvoir est accordé sans mandat si, pour des motifs raisonnables et probables, un agent de la paix croit qu'une infraction se commet ou a été commise. Voir ici l'ancien par. 96(1), 1953-54, chap. 51, et la version modifiée, 1968-69, chap. 38, par. 98E(1).

J'estime que si le législateur avait voulu que les agents de la paix autorisés à procéder à une saisie aient les pouvoirs extraordinaires de perquisitionner dans les maisons d'habitation ou de fouiller les biens ou les personnes il aurait alors clairement énoncé ces pouvoirs comme il l'a fait au par. 96(1), 1968-69, chap. 38.

5. J'estime en principe que, si l'on doit restreindre les droits ou les libertés d'un citoyen, la loi doit indiquer clairement les limites de la restriction et elle doit recevoir une interprétation stricte plutôt que large.

The verdict of the jury acquitting the appellant on all counts was delivered in light of these instructions and the appeal to the Court of Appeal was limited to the following questions of law:

1. THAT the learned trial Judge erred in law in ruling that a warrant issued by a Judge of the Supreme Court of British Columbia under Section 105 of the Criminal Code, R.S.C. 1970, Chapter C34 and amendments thereto did not include the right to enter and search for the items directed to be seized;

2. THAT the learned trial Judge erred in law in charging the jury and instructing them that at the time of the incidents giving rise to the charges the police officers were trespassers on the property;

3. THAT the learned trial Judge erred in law in failing to charge the jury that at all material times the police officers were in the lawful execution of their duty;

4. UPON such further and other grounds as Counsel may advise.

In due course Mr. Justice Craig delivered the judgment of the British Columbia Court of Appeal in which he concluded that

In order to give effect to the intent of s. 105(1) we should hold that authority to seize an offensive weapon (or any other article referred to in the subsection) includes the right to search for the article and includes the right to enter on a person's property to make the search. Accordingly, I would grant leave to appeal, allow the appeal, and direct a new trial.

The reasons for judgment of Mr. Justice Craig are now fully reported in 46 C.C.C. (2d) p. 243 and it is from the judgment rendered in conformity with these reasons that the appellant now appeals on the following three questions of law:

1. THAT the Court of Appeal for British Columbia erred in law in ruling that the learned trial Judge was wrong in holding that a warrant issued by a Judge of the Supreme Court of British Columbia under Section 105 of the Criminal Code did not include the right to enter and search for the items directed to be seized;

2. THAT the Court of Appeal for British Columbia erred in law in holding that the learned trial Judge was wrong in charging the jury and instructing them that at the

Le verdict du jury acquittant l'appelant sur tous les chefs d'accusation a été rendu en fonction de ces directives et l'appel à la Cour d'appel a été restreint aux questions de droit suivantes:

[TRADUCTION] 1. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en décidant qu'un mandat délivré par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 105 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications, ne comprends pas le droit de pénétrer et de perquisitionner pour découvrir les objets qu'il ordonne de saisir;

2. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit dans son exposé au jury en lui disant qu'au moment de l'incident à l'origine des accusations, les policiers étaient des intrus sur la propriété de l'accusé;

3. QUE le savant juge du procès a commis une erreur de droit en n'indiquant pas au jury qu'à toute l'époque en cause, les policiers agissaient dans l'exercice légitime de leurs fonctions;

4. LES autres motifs que les procureurs estimeront utiles de faire valoir.

Ultérieurement, le juge Craig a rendu l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans lequel il conclut que:

[TRADUCTION] Afin de donner effet à l'intention du par. 105(1), nous devons conclure que le pouvoir de saisir une arme offensive (ou tout autre objet indiqué au paragraphe) comprend le droit de perquisitionner pour découvrir cet objet et comprend le droit de pénétrer sur la propriété d'une personne pour procéder à cette perquisition. Par conséquent, je suis d'avis d'accorder la permission d'appeler, d'accueillir l'appel et d'ordonner un nouveau procès.

Les motifs de jugement du juge Craig sont maintenant publiés en entier à 46 C.C.C. (2d) 243; c'est de l'arrêt rendu conformément à ces motifs que l'appelant se pourvoit maintenant en soulevant les trois questions de droit suivantes:

[TRADUCTION] 1. QUE la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en décidant que le savant juge du procès a conclu à tort que le mandat délivré par un juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vertu de l'art. 105 du *Code criminel* ne comprenait pas le droit de pénétrer dans un lieu et d'y perquisitionner pour découvrir les objets dont il ordonnait la saisie;

2. QUE la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en décidant que le savant juge du procès a exposé à tort au jury qu'au moment de

time of the incidents giving rise to the charges the police officers involved were trespassers on the Appellant's property;

3. THAT the Court of Appeal for British Columbia erred in law in ruling that the learned trial Judge was wrong in failing to charge the jury that at all material times the police officers were in the lawful execution of their duty.

In the final analysis this appeal raises the all important question of whether the property rights of the individual can be invaded otherwise than with specific statutory authority. It is true that the appellant's place of residence was nothing more than a shack or shelter which no doubt was considered inappropriate by the City of Prince Rupert, but what is involved here is the longstanding right of a citizen of this country to the control and enjoyment of his own property, including the right to determine who shall and who shall not be permitted to invade it. The common law principle has been firmly engrafted in our law since *Semayne's* case[2] in 1604 where it was said "That the house of every one is to him as his castle and fortress, as well for his defence against injury and violence, as for his repose ...". This famous dictum was cited by my brother Dickson in the case of *Eccles v. Bourque*[3] in which he made an extensive review of many of the relevant authorities. He was there dealing with a case of police officers entering private property for the purpose of effecting an arrest and in so doing he made reference to the limitation of the extent of the general application of *Semayne's* case at p. 743 saying:

But there are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from *arrest* in his own home nor in the home of one of his friends.

And later on the same page he observed:

Thus it will be seen that the broad basic principle of sanctity of the home is subject to the exception that upon proper demand the officials of the King may break down doors *to arrest*.

The italics in the last two quotations are my own.

[2] 77 E.R. 194,5 Co. Rep. 91 a.
[3] [1975] 2 S.C.R. 739.

l'incident à l'origine des accusations, les policiers en cause étaient des intrus sur la propriété de l'appelant;

3. QUE la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit en décidant que le savant juge du procès a eu tort de ne pas indiquer au jury qu'à toute l'époque en cause, les policiers agissaient dans l'exercice légitime de leurs fonctions.

En dernière analyse, ce pourvoi soulève la question très importante de savoir si l'on peut porter atteinte aux droits de propriété d'une personne autrement qu'en vertu d'un pouvoir spécifique prévu par la loi. Il est vrai que la résidence de l'appelant n'était rien de plus qu'une cabane ou un abri que la ville de Prince Rupert estimait sans doute insalubre, mais ce qu'on soulève ici, c'est le droit depuis longtemps reconnu d'un citoyen de ce pays d'être maître de sa propre maison et d'en jouir, y compris le droit de décider qui pourra et qui ne pourra pas y entrer. Le principe de *common law* est fermement implanté dans notre droit depuis l'arrêt *Semayne*[2] en 1604 où l'on a affirmé [TRADUCTION] ««que la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse, tant pour se défendre contre l'injure et la violence que pour son repos». Mon collègue le juge Dickson a cité cette phrase célèbre dans l'arrêt *Eccles c. Bourque*[3] dans lequel il a fait une étude approfondie de plusieurs décisions pertinentes. Il se penchait sur le cas de policiers qui étaient entrés dans une propriété privée en vue de procéder à une arrestation. Dans sa décision, il mentionne la limite de la portée de l'application générale de l'arrêt *Semayne* en disant, à la p. 743:

Mais il est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une *arrestation* dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis.

Et plus loin, à la même page, il fait remarquer:

On verra donc que le large principe de base excipant du caractère sacré du foyer est sujet à l'exception que lorsque demande régulière est faite les agents du Roi peuvent briser les portes pour faire l'*arrestation*.

J'ai ajouté les italiques dans les deux dernières citations.

[2] 77 E.R. 194,5 Co. Rep. 91 a.
[3] [1975] 2 R.C.S. 739.

This makes it clear that Mr. Justice Dickson was limiting his remarks to occasions when the house of the individual is entered against his will by police officers in search of a fugitive from justice whose *arrest* they consider to be justified.

In the course of his reasons for judgment in the present case, Mr. Justice Craig appears to have treated the judgment in *Eccles v. Bourque* as supporting the contention that under all the circumstances

It is legislation in the public interest. This interest is paramount; the rights of the individual are secondary. Surely, then, the right to seize any of the things mentioned in the subsection must include the right to search for any of these things.

With the greatest respect for the Court of Appeal, I do not consider the *Eccles* case to afford authority for any such proposition. All sections of the *Criminal Code* are presumably enacted "in the public interest" and it would in my view be dangerous indeed to hold that the private rights of the individual to the exclusive enjoyment of his own property are to be subject to invasion by police officers whenever they can be said to be acting in the furtherance of the enforcement of any section of the *Criminal Code* although they are not armed with express authority to justify their action.

In the very complete analysis of the cases contained in the judgment of Mr. Justice Dickson, it is noted that whatever the occasion may be the police are not justified in making an entry unless they have first announced their presence and demonstrated their authority by stating a lawful reason for their entry.

In the present case it is to be observed that although the police officers waved the warrant at the appellant from a distance, it was not a warrant "to search the premises" nor in my view did the authority to seize specified in that warrant carry with it the right to enter and search.

In support of the contention that the authority to seize included authority to search, the respondent drew attention to the provisions of s. 26 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970 c. I-23, and in so doing contended that the power to search was a

Il est évident que le juge Dickson limitait ses observations aux cas où des policiers, à la recherche d'un fugitif qu'ils estiment avoir des motifs d'*arrêter*, pénètrent dans la maison d'une personne contre son gré.

Dans ses motifs de jugement en l'espèce, le juge Craig a considéré que l'arrêt *Eccles c. Bourque* appuie la prétention qu'en toutes circonstances

[TRADUCTION] C'est une disposition adoptée dans l'intérêt public. Cet intérêt prime tout; les droits de la personne sont secondaires. Alors, le droit de saisir les objets indiqués au paragraphe doit sûrement comprendre le droit de perquisitionner pour découvrir tous ces objets.

Avec égards pour la Cour d'appel, j'estime que l'arrêt *Eccles* ne justifie pas cette proposition. On présume que tous les articles du *Code criminel* sont adoptés «dans l'intérêt public» et, à mon avis, il serait très dangereux de conclure que les droits privés d'une personne à la jouissance exclusive de sa propriété doivent être assujettis au droit des policiers d'y entrer de force chaque fois qu'ils prétendent agir en vue d'appliquer un article du *Code criminel*, même s'ils ne sont pas munis d'une autorisation expresse qui justifie leurs actes.

Dans l'analyse très complète de la jurisprudence que fait le juge Dickson dans son jugement, il fait remarquer que, quelles que soient les circonstances, les policiers n'ont le droit d'entrer qu'après avoir d'abord annoncé leur présence et démontré leur autorité en énonçant un motif légitime d'entrer.

En l'espèce, il faut souligner que même si les policiers ont brandi de loin leur mandat pour le montrer à l'appelant, il ne s'agissait pas d'un mandat de «perquisition», et, à mon avis, le pouvoir de saisir énoncé dans ce mandat n'accordait pas le droit d'entrer et de perquisitionner.

A l'appui de sa prétention que le pouvoir de saisir comprend le pouvoir de perquisitionner, l'intimée invoque les dispositions de l'art. 26 de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23, et soutient que le pouvoir de perquisitionner est un élé-

necessary ingredient of the power "to seize". Section 26(2) of the *Interpretation Act* reads as follows:

(2) Where power is given to a person, officer or functionary, to do or enforce the doing of any act or thing, all such powers shall be deemed to be also given as are necessary to enable the person, officer or functionary to do or enforce the doing of the act or thing.

As I have indicated, I am of the opinion that any statutory provision authorizing police officers to invade the property of others without invitation or permission would be an encroachment on the common law rights of the property owner and in case of any ambiguity would be subject to a strict construction in favour of the common law rights of the owner. This is made plain from the following excerpt from *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12th ed., at p. 251 where it is said:

Statutes which encroach on the rights of the subject, whether as regards person or property, are subject to a strict construction in the same way as penal Acts.It is a recognised rule that they should be interpreted, if possible, so as to respect such rights, and if there is any ambiguity the construction which is in favour of the freedom of the individual should be adopted.

It appears to me to follow than any provision authorizing police officers to search and enter private property must be phrased in express terms and the provisions of the *Interpretation Act* are not to be considered as clothing police officers by implication with authority to search when s. 105(1) and the warrant issued pursuant thereto are limited to seizure. The extensive number of sections of the *Criminal Code* to which reference was made by the trial judge and which expressly include the dual authority "to search" and "to seize" are enough in themselves to indicate that the deeming provisions of s. 26(2) of the *Interpretation Act* are not applicable to the circumstances.

I am satisfied to adopt the reasoning of Mr. Justice Toy and I share his view that a wide distinction exists between the meaning of "to seize" and that of "to search". As Mr. Justice Toy has pointed out, it is demonstrable that when Parliament sought to include the right to search in

ment nécessaire du pouvoir «de saisir». Le paragraphe 26(2) de la *Loi d'interprétation* se lit comme suit:

(2) Lorsqu'une personne, un employé ou un fonctionnaire reçoit le pouvoir d'accomplir ou de faire accomplir une chose ou un acte, tous les pouvoirs nécessaires pour mettre cette personne, cet employé ou ce fonctionnaire en état d'accomplir ou de faire accomplir cette chose ou cet acte sont aussi censés lui être conférés.

Comme je l'ai mentionné, j'estime qu'une disposition de la loi qui autorise les policiers à pénétrer sur la propriété d'autrui sans invitation ni permission constitue un empiétement sur les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire. En cas d'ambiguïté, cette disposition doit recevoir une interprétation stricte qui favorise les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire. L'extrait suivant de *Maxwell on Interpretation of Statutes*, 12e éd., à la p. 251, est explicite sur ce point:

[TRADUCTION] Les lois qui empiètent sur les droits du citoyen en ce qui concerne sa personne ou ses biens, doivent, comme les lois pénales, faire l'objet d'une interprétation stricte. C'est une règle reconnue qu'elles doivent être interprétées, si possible, de manière à respecter de tels droits et, en cas d'ambiguïté, il faut retenir l'interprétation qui favorise la liberté de l'individu.

A mon avis, il s'ensuit qu'une disposition autorisant les policiers à pénétrer sur une propriété privée et à y perquisitionner doit être rédigée en termes explicites; on ne doit pas considérer que les dispositions de la *Loi d'interprétation* confèrent par implication, aux policiers, le pouvoir de perquisitionner alors que le par. 105(1) et le mandat délivré en vertu de ce paragraphe se limitent à la saisie. Les nombreux articles du *Code criminel* mentionnés par le juge du procès et qui prévoient explicitement le double pouvoir de «perquisitionner» et de «saisir» suffisent en eux-même pour indiquer que la présomption créée au par. 26(2) de la *Loi d'interprétation* n'est pas applicable en l'espèce.

Il me suffit d'adopter les motifs du juge Toy et je partage son point de vue qu'il existe une grande distinction de sens entre «saisir» et «perquisitionner». Comme l'a souligné le juge Toy, on peut démontrer que lorsque le législateur a voulu inclure le droit de perquisitionner en accordant le

providing for the authority to seize, it did so in specific terms and in this regard I adopt the citation of the various sections of the *Criminal Code* to which reference is made in the above quoted excerpt from the charge to the jury of the learned trial judge. It is my respectful opinion that if Parliament intended to include the power "to search" in the provisions of s. 105(1), the failure to do so was a clear case of legislative oversight, but that power which has not been expressly conferred cannot be supplied by invoking the provisions of the *Interpretation Act*.

In the result, I am of opinion that the police officers were acting without authority in attempting to enter and search the appellant's property and they were therefore trespassers.

For all these reasons I would allow this appeal, set aside the judgment rendered by the Court of Appeal of British Columbia and restore the verdict of acquittal entered at trial.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Clarke, Covell, Banks, Vancouver.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

pouvoir de saisir, il l'a fait en termes explicites, et, à cet égard, j'adopte la citation des divers articles du *Code criminel* mentionnés dans l'extrait précité de l'exposé du savant juge du procès au jury. Je suis respectueusement d'avis que si le législateur a voulu inclure le pouvoir de «perquisitionner» dans les dispositions du par. 105(1), son omission est un cas évident d'oubli législatif, mais on ne peut suppléer à ce pouvoir qui n'a pas été accordé expressément en invoquant les dispositions de la *Loi d'interprétation*.

En définitive, je suis d'avis qu'en tentant de pénétrer sur la propriété de l'appelant et d'y perquisitionner, les policiers agissaient sans autorité et que par conséquent ils étaient des intrus.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir le verdict d'acquittement inscrit au procès.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Clarke, Covell, Banks, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Armor Ascenseur Québec Limitée *Appellant*;

and

Caisse de dépôt et placement du Québec *Respondent*;

and

Registrar of the Registration Division of Montreal *Mis en cause.*

1980: October 30; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF QUEBEC

Civil law — Contractor's privilege — Whether privilege originates on the date of the work contract or when work begins — Civil Code, arts. 2013 et seq.

The question here is as to when the builder's privilege originates under arts. 2013 *et seq.* of the *Civil Code*. On August 19, 1970, appellant's predecessor, a contractor, concluded a contract with respondent's predecessor, an owner of buildings, to build four elevators. On October 16, 1970, respondent became owner of the buildings but transferred them to the seller by an emphyteutic lease and made the seller a loan on mortgage accompanied by a giving in payment clause. On March 14, 1974 respondent was declared to be the owner by the giving of the buildings, in payment, free and clear of any privileges retroactive to October 1970. In the interval, appellant caused to be registered a builder's privilege, on March 29, 1972. Respondent seeks to have the privilege struck out. Appellant argued that the privilege goes back to the date of the work contract, on August 19, 1970, or alternatively to a date prior to October 19, 1970, before which the preliminary plans were completed and orders given to suppliers. Respondent, on the other hand, maintained that the privilege can only go back to a date subsequent to October 19, 1970, the date when the work of installation began, or when appellant delivered part of the supplies to the job site. The Superior Court and the Court of Appeal ordered the privilege to be struck.

Held: The appeal should be allowed.

There is no need to decide whether the work of the contractor, appellant, began before October 19, 1970, the date on which the right of ownership was acquired by respondent, since appellant is correct in its proposition that the privilege originated on the date of the work contract, namely August 19, 1970. Although it is the

Armor Ascenseur Québec Limitée *Appelante*;

et

Caisse de dépôt et placement du Québec *Intimée*;

et

Le Régistrateur de la division d'enregistrement de Montréal *Mis en cause.*

1980: 30 octobre; 1981: 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit civil — Privilège d'entrepreneur — Naissance du privilège: date du contrat d'entreprise ou du début des travaux — Code civil, art. 2013 et suiv.

Il s'agit de déterminer quand le privilège du constructeur prend naissance suivant les art. 2013 et suiv. du *Code civil*. Le 19 août 1970, l'auteur de l'appelante, un entrepreneur, concluait un contrat avec l'auteur de l'intimée, un propriétaire d'immeubles, pour construire quatre ascenseurs. Le 16 octobre 1970, l'intimée devient propriétaire des immeubles mais les cède à son vendeur par bail emphytéotique et lui consent un prêt hypothécaire assorti d'une clause de dation en paiement. Le 14 mars 1974, l'intimée est déclarée propriétaire, par dation en paiement, des immeubles, libres de tous privilèges rétroactivement à octobre 1970. Dans l'intervalle, l'appelante avait fait enregistrer un privilège de constructeur, le 29 mars 1972. L'intimée demande la radiation du privilège. L'appelante soutient que le privilège remonte à la date du contrat d'entreprise, le 19 août 1970, ou subsidiairement à une date antérieure au 19 octobre 1970 avant laquelle les plans préliminaires ont été complétés et des commandes faites aux fournisseurs. L'intimée soutient pour sa part que le privilège ne peut remonter qu'à une date postérieure au 19 octobre 1970, quand les travaux d'installation ont commencé ou quand l'appelante a livré une partie du matériel sur le chantier. La Cour supérieure, puis la Cour d'appel ont ordonné la radiation du privilège.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il est inutile de décider si les travaux de l'entrepreneur, l'appelante, ont débuté avant le 19 octobre 1970, date à laquelle le droit à la propriété a été acquis à l'intimée, puisqu'il y a lieu de retenir la proposition de l'appelante portant que le privilège prend naissance à la date du contrat d'entreprise, soit le 19 août 1970. En

additional value given to the immovable which justifies making the latter subject to a privilege, this does not mean that the creditor's right did not originate before work began. In the case of the supplier of materials who has concluded a contract with the builder, the point of origin of the privilege is when the owner is notified of the subcontract, and the privilege applies only to materials supplied and work done after such notification. In the case of the supplier of materials and the builder dealing directly with the owner, however, no notice is required and the point of origin of the privilege in that case must be the date of the contract, if the privilege of those not dealing directly with the owner originates on the date of notification. Appellant's privilege thus originated before respondent became owner of the buildings by giving in payment, and it can be set up against respondent.

Assistance Loan and Finance Corporation v. Bourassa, [1972] C.A. 631; *Munn & Shea Ltd. v. Hogue Limitée and H. Davis*, [1928] S.C.R. 398, aff. (1927), 44 K.B. 198; *Craft Finance Corp. v. Louis Belle-Isle Lumber Inc. and Fernhill Homes Ltd.*, [1966] S.C.R. 661; *Nineteenhundred Tower Ltd. et al. v. Cassiani et al.*, [1967] S.C.R. vi; [1967] Q.B. 787; *Sofinec Inc. v. Amico Inc.*, [1969] Q.B. 941; *Roger Landry Ltée v. Place St-Gabriel Inc.*, [1973] C.S. 12; *Ascenseurs Leclerc Ltée v. Sinotal Inc. et al.*, [1975] C.S. 1027; *Val-Mar Swimming Pools Ltd. v. Richelieu Industrial Leasehold Inc.*, [1978] C.S. 877; *New York Life Insurance Co. v. Glenbarr Development Ltd. et al.*, [1979] C.S. 572; *Lumberland Inc. v. Nineteen Hundred Tower Ltd.*, [1977] 1 S.C.R. 581; *Concrete Column Clamps Ltd. v. City of Quebec*, [1940] S.C.R. 522, aff. (1939), 67 K.B. 537; *Alppi v. Hamel* (1939), 66 K.B. 448; *Desrosiers v. Léger* (1923), 29 R.L.N.S. 435; *Henri Gadbois et al. v. Armand Boileau et al. and Stimson-Reeb Builders Supply Company*, [1929] S.C.R. 587; *Clairment Delisle Inc. v. I. & S. Construction Corporation et al.*, C.S. Montreal, No. 609-512, May 21, 1965, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], affirming a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Nathaniel Salomon, for the appellant.

Camille Antaki, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] [1979] C.A. 521.

effet, même si c'est la plus-value donnée à l'immeuble qui justifie que celui-ci soit grevé d'un privilège, cela ne signifie pas que le droit du créancier n'est pas né avant le début des travaux. Dans le cas du fournisseur de matériaux qui a conclu un contrat avec le constructeur, le point de départ du privilège est la dénonciation du sous-contrat au propriétaire, et le privilège ne vaut que pour les matériaux fournis et les travaux exécutés après cette dénonciation. Mais dans les cas du fournisseur de matériaux et du constructeur qui traitent directement avec le propriétaire, aucun avis n'est requis et le point de départ du privilège doit en ce cas être la date du contrat si c'est à la date de la dénonciation que naît le privilège de ceux qui ne traitent pas directement avec le propriétaire. Le privilège de l'appelante a donc pris naissance avant que l'intimée ne devienne propriétaire, par dation en paiement, des immeubles, et il est opposable à l'intimée.

Jurisprudence: *Assistance Loan and Finance Corporation c. Bourassa*, [1972] C.A. 631, *Munn & Shea Ltd. c. Hogue Limitée et H. Davis*, [1928] R.C.S. 398; conf. (1927), 44 B.R. 198; *Craft Finance Corp. c. Louis Belle-Isle Lumber Inc. et Fernhill Homes Ltd.*, [1966] R.C.S. 661; *Nineteenhundred Tower Ltd. et al. c. Cassiani et al.*, [1967] R.C.S. vi; [1967] B.R. 787; *Sofinec Inc. c. Amico Inc.*, [1969] B.R. 941; *Roger Landry Ltée c. Place St-Gabriel Inc.*, [1973] C.S. 12; *Ascenseurs Leclerc Ltée c. Sinotal Inc. et autres*, [1975] C.S. 1027; *Val-Mar Swimming Pools Ltd. c. Richelieu Industrial Leasehold Inc.*, [1978] C.S. 877; *New York Life Insurance Co. c. Glenbarr Development Ltd. et al.*, [1979] C.S. 572; *Lumberland Inc. c. Nineteen Hundred Tower Ltd.*, [1977] 1 R.C.S. 581; *Concrete Column Clamps Ltd. c. Cité de Québec*, [1940] R.C.S. 522 conf. (1939), 67 B.R. 537; *Alppi c. Hamel* (1939), 66 B.R. 448; *Desrosiers c. Léger* (1923), 29 R.L.N.S. 435; *Henri Gadbois et al. c. Armand Boileau et al. et Stimson-Reeb Builders Supply Company*, [1929] R.C.S. 587; *Clairment Delisle Inc. c. I. & S. Construction Corporation et al.*, C.S. Montréal, nº 609-512, 21 mai 1965.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Nathaniel Salomon, pour l'appelante.

Camille Antaki, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] [1979] C.A. 521.

CHOUINARD J.—The question here is as to when the builder's privilege originates under arts. 2013 *et seq.* of the *Civil Code.*

Respondent contended that on the date it acquired its right of ownership to the encumbered property, namely October 19, 1970, the privilege did not exist and that what has occurred since that time cannot be set up against it. Its action accordingly seeks to strike three registrations: (a) a privilege for $17,284.88, registered on March 29, 1972; (b) an action on a privilege in the same amount, registered on May 1, 1972; and (c) a seizure registered on July 17, 1972, in execution of a judgment of June 28 in the same year, which found the property in question to be subject to a builder's privilege in appellant's favour.

On August 19, 1970, Horn Elevator Ltd., appellant's predecessor, entered into a contract with Beauharnois Holding Ltd., hereinafter referred to as "Beauharnois", to build and instal four elevators in the latter's buildings for the sum of $65,700.

On October 16, 1970, respondent bought the buildings from Beauharnois. By a contract concluded the same day, respondent transferred the said buildings to Beauharnois by an emphyteutic lease for a period of sixty years. By a third contract, also dated October 16, respondent made a hypothecary loan to Beauharnois accompanied by a giving in payment clause. These three contracts were registered on the 19th of the said month.

Early in March 1972, because of the financial difficulties it was experiencing, Beauharnois had to interrupt the work in progress.

On April 25, 1972, respondent registered a notice to cancel the emphyteutic lease, and the following July 12 caused to be served on Beauharnois an action to cancel the lease, which was cancelled by a judgment on August 17, 1972.

By a judgment dated March 14, 1974, respondent was declared to be the owner by the giving of the buildings, in payment, free and clear of any rights, hypothecs, privileges and charges "retroactive to the date of contract Exhibit P-1, namely October 16, 1970" (*sic*), in accordance with the

LE JUGE CHOUINARD—Il s'agit de déterminer quand le privilège du constructeur prend naissance suivant les art. 2013 et suiv. du *Code civil.*

L'intimée soutient en effet qu'à la date à laquelle son droit à la propriété de l'immeuble grevé lui a été acquis, soit le 19 octobre 1970, le privilège n'existait pas et que ce qui a pu se passer par la suite ne peut lui être opposé. D'où son action en radiation de trois enregistrements: (a) un privilège pour une somme de $17,284.88, enregistré le 29 mars 1972; (b) une action sur privilège au même montant, enregistrée le 1er mai 1972 et (c) une saisie enregistrée le 17 juillet 1972 en exécution d'un jugement du 28 juin de la même année qui déclarait l'immeuble en cause grevé d'un privilège de constructeur en faveur de l'appelante.

Le 19 août 1970, Horn Elevator Ltd, à qui l'appelante a succédé, concluait avec Beauharnois Holding Ltd, ci-après appelée «Beauharnois», pour construire et installer quatre ascenseurs dans les immeubles de cette dernière moyennant un prix de $65,700.

Le 16 octobre 1970, l'intimée a acheté les immeubles de Beauharnois. Par contrat passé le même jour l'intimée a cédé les mêmes immeubles à Beauharnois par bail emphytéotique pour une durée de soixante ans. Par un troisième contrat, daté aussi du 16 octobre, l'intimée consentait un prêt hypothécaire à Beauharnois assorti d'une clause de dation en paiement. Ces trois contrats furent enregistrés le 19 du même mois.

Au début de mars 1972, à cause des difficultés financières qu'elle éprouvait, Beauharnois dut interrompre les travaux entrepris.

Le 25 avril 1972, l'intimée a enregistré un avis de résiliation du bail emphytéotique et, le 12 juillet suivant, elle a fait signifier à Beauharnois une action en résiliation du bail qui a été prononcée par jugement du 17 août 1972.

Par jugement en date du 14 mars 1974, l'intimée a été déclarée propriétaire, par dation en paiement, des immeubles, libres et quittes de tous droits, hypothèques, privilèges et charges «rétroactivement à la date du contrat pièce P-1, soit au 16 octobre 1970» (*sic*), en conformité avec la cause de

giving in payment clause contained in the hypothecary loan contract. It would appear that the date should have been that of the registration, October 19, but this in no way affects the issue in the case at bar.

In the interval, as we have seen, appellant caused to be registered the builder's privilege which respondent now seeks to have struck out.

The following facts, as set forth by respondent in its factum, are the basis on which appellant caused its privilege to be registered:

August 19, 1970:	signature of contract;
September 6, 1970:	preliminary plans submitted by Armor to Beauharnois;
October 14, 1970:	preliminary orders for rails and other supplies from Armor to its suppliers;
October 22, 1970:	approval of final plans for the elevators by Beauharnois' architect;
later	
in October 1970:	start on preparing supplies at the Armor factory for use in making the elevators;
November 1970:	new orders by Armor to its suppliers;
third week of December 1970:	delivery of part of the supplies to the site;
January 5, 1971:	work begun on installing the elevators.

Appellant argued that its privilege goes back to the date of the work contract, August 19, 1970. Alternatively, it argued that it goes back to the start of performance of its contract, which it sets at a date prior to October 19, 1970, referring to the preparation of preliminary plans which it submitted to Beauharnois on September 6 and the orders given to its suppliers on October 14.

Respondent maintained, on the other hand, that the privilege can only go back to a date subsequent

dation en paiement contenue dans le contrat de prêt hypothécaire. Il me paraît que la date aurait dû être celle de l'enregistrement, le 19 octobre, mais ceci ne change rien au présent litige.

Dans l'intervalle, comme nous l'avons vu, l'appelante avait fait enregistrer le privilège de constructeur dont l'intimée demande maintenant la radiation.

C'est à partir des faits suivants tel que relatés par l'intimée dans son factum, que l'appelante a fait enregistrer son privilège.

19 août 1970:	signature du contrat;
6 septemtre 1970:	plans préliminaires soumis par Armor à Beauharnois;
14 octobre 1970:	commandes préliminaires pour rails et autre matériel par Armor auprès de ses fournisseurs;
22 octobre 1970:	approbation des plans définitifs des ascenseurs par l'architecte de Beauharnois;
plus tard	
en octobre 1970:	commencement de la préparation de matériaux à l'usine d'Armor pouvant être utilisés dans la fabrication des ascenseurs.
novembre 1970:	nouvelles commandes par Armor auprès de ses fournisseurs.
3e semaine de décembre 1970:	livraison sur le chantier d'une partie du matériel.
5 janvier 1971:	début des travaux d'installation des ascenseurs.

L'appelante soutient que son privilège remonte à la date du contrat d'entreprise, le 19 août 1970. Subsidiairement, elle soutient qu'il remonte au début de l'exécution de son contrat qu'elle situe à une date antérieure au 19 octobre 1970, en invoquant la préparation des plans préliminaires qu'elle a soumis à Beauharnois le 6 septembre et les commandes faites à ses fournisseurs le 14 octobre.

L'intimée pour sa part soutient que le privilège ne peut remonter qu'à une date postérieure au 19

to October 19, 1970, namely January 5, 1971, the date when the work of installation began, or at the earliest the third week of December, in which appellant delivered part of the supplies to the job site.

The trial judge ordered appellant's privilege to be struck. He observed, *inter alia*:

[TRANSLATION] WHEREAS the Court agrees with the legal argument that it is in fact a builder's or sub-contractor's privilege, and legally this privilege cannot arise before defendant began "construction" or performance of the work on the actual job site of the buildings of Beauharnois Holding Ltd., as otherwise there could be no question of any additional value added to these buildings;

By a unanimous judgment the Court of Appeal dismissed the appeal and affirmed the decision of the trial judge. The Court of Appeal relied on its own decision in *Assistance Loan and Finance Corporation v. Bourassa*[2], in which Turgeon J.A., speaking for the Court, said at p. 633:

[TRANSLATION] The article 2013 C.C. privilege affects the additional value given to an immovable by construction or renovation work. It cannot arise before such work has been begun, since this is the point at which the additional value first exists.

Applying this rule to the case under consideration, Montgomery J.A. wrote for the Court:

. . . Appellant appears to recognize the authority of the above judgment but contends that it did effectively start the work before the Respondent and of the subsequent registration of the transfer to Respondent and of the subsequent emphyteutic lease and hypothec. It refers to the preliminary order for rails dated 14th October, 1970 (Supplementary Exhibit P-13). In my opinion, the trial judge was right in holding that this was not enough to constitute a start of the work as required by the jurisprudence.

In view of the reasons for judgment of the Superior Court and the Court of Appeal, the argument turned largely on appellant's alternative proposition, that its work began before October 19, 1970, the date on which the right of ownership was acquired by respondent. In this regard, I note that the Court of Appeal only took into consideration

[2] [1972] C.A. 631.

octobre 1970, soit au 5 janvier 1971, date à laquelle les travaux d'installation ont commencé, ou au plus tôt à la troisième semaine de décembre au cours de laquelle l'appelante a livré une partie du matériel sur le chantier.

Le juge de première instance ordonna la radiation du privilège de l'appelante. Il écrit notamment:

CONSIDÉRANT que la Cour est d'accord avec cette prétention juridique à l'effet qu'il s'agit bien d'un privilège de constructeur ou sous-entrepreneur et légalement ce privilège ne peut naître avant que la défenderesse n'ait commencé à «construire» ou à effectuer des travaux sur le chantier même des immeubles de Beauharnois Holding Ltd, car autrement il ne pourrait être question de plus-value donnée à ces immeubles;

Par un jugement unanime la Cour d'appel a rejeté l'appel et confirmé la décision du premier juge. La Cour d'appel s'est fondée sur son propre arrêt *Assistance Loan and Finance Corporation c. Bourassa*[2], où le juge Turgeon, au nom de la majorité, écrit à la p. 633:

Le privilège de l'article 2013 C.C. affecte la plus-value donnée à un immeuble par les travaux de construction ou d'amélioration. Il ne peut naître avant que ces travaux ne soient commencés, puisque c'est à ce moment que la plus-value commencera à exister.

Applicant cette règle au cas qui nous occupe, le juge Montgomery écrit au nom de la Cour:

[TRADUCTION] L'appelante reconnaît apparemment le bien-fondé de cette règle mais prétend qu'elle a effectivement commencé les travaux avant la cession à l'intimée et son enregistrement et avant l'enregistrement du bail emphytéotique et de l'hypothèque qui ont suivi. Elle renvoie à la commande préliminaire de rails en date du 14 octobre 1970 (pièce supplémentaire P-13). A mon avis, le juge de première instance a eu raison de conclure que cela ne répondait pas à ce que la jurisprudence exige pour qu'il y ait début des travaux.

Eu égard aux motifs des jugements de la Cour supérieure et de la Cour d'appel, le débat a porté en grande partie sur la proposition subsidiaire de l'appelante à l'effet que ses travaux ont débuté avant le 19 octobre 1970, date à laquelle le droit à la propriété a été acquis à l'intimée. Sous ce rapport je note que la Cour d'appel n'a tenu

[2] [1972] C.A. 631.

the order placed by appellant with a supplier on October 14. It did not consider the preparation by appellant of preliminary plans which were submitted to Beauharnois on September 6, which received the latter's approval on October 22 and which in fact were used in construction of the elevators. As to respondent, it described the acts performed by appellant before October 16 as "incidental and preliminary actions".

Be that as it may, I do not think any purpose would be served by going into this matter, in view of the conclusion I have arrived at on the first proposition of appellant, that its privilege originated on the date of its work contract with Beauharnois, namely August 19, 1970.

Article 2013f of the *Civil Code* reads as follows:

Art. 2013f. The builder or the architect, has a privilege on the immoveable for the work he has done as such, provided that before the expiration of thirty days after the end of the work, he registers at the registry office of the division in which the property is situated, a statement of his claim. Notice of such registration must be given, within the same delay, to the proprietor.

Such privilege is extinguished after six months following the date of the end of the work, unless the creditor take an action against the proprietor to preserve it. In such action the registrar must be called into the case, in order to give him notice of such action, and to cause him to note the same in his index of immoveables.

In the case where the builder has had the work done, either wholly or in part, by sub-contract, if the sub-contractor has notified the proprietor of his contract, such sub-contractor shall have a privilege upon the immoveable for all work done after such notification, provided that before the expiration of thirty days after the end of the work he registers a statement of his claim. Such privilege is subject to the same formalities as that of the builder or architect, in so far as concerns its creation and extinction. The proprietor, in case the sub-contractor has notified him of his sub-contract, is entitled to retain, on the contract price, an amount sufficient to meet the privileged claim of the sub-contractor; and any amount fixed by a certificate given in compliance with the formalities contained in article 2013d, shall be deemed sufficient.

The registration of these statements is effected by deposit.

compte que de la commande placée par l'appelante auprès d'un fournisseur le 14 octobre. Elle n'a pas tenu compte de la préparation par l'appelante des plans préliminaires qui furent soumis à Beauharnois le 6 septembre, qui ont reçu l'approbation de cette dernière le 22 octobre et qui ont de fait servi à la construction des ascenseurs. Pour sa part l'intimée qualifie les actes posés par l'appelante avant le 16 octobre d'«initiatives éparses et préliminaires.»

Quoi qu'il en soit je ne crois pas utile de me pencher sur cette question vu la conclusion à laquelle j'arrive sur la première proposition de l'appelante à l'effet que son privilège a pris naissance à la date de son contrat d'entreprise avec Beauharnois, soit le 19 août 1970.

L'article 2013f du *Code civil* se lit comme suit:

Art. 2013f. Le constructeur et l'architecte ont un privilège sur l'héritage, à raison de leurs travaux comme tels pourvu que, avant l'expiration des trente jours qui suivent la fin des travaux, ils fassent enregistrer, au bureau d'enregistrement de la division où est situé l'immeuble, un état de leurs créances respectives. Avis de cet enregistrement doit être donné, dans le même délai au propriétaire.

Ce privilège est éteint après les six mois qui suivent la date de la fin des travaux, à moins que le créancier ne prenne une action contre le propriétaire pour le conserver. Le registrateur doit être mis en cause dans cette action, afin de lui dénoncer l'action et de la lui faire noter dans l'index des immeubles.

Dans le cas où le constructeur fait exécuter, en tout ou en partie, l'ouvrage par sous-contrat, si le sous-entrepreneur a dénoncé son contrat au propriétaire, ce sous-entrepreneur a un privilège sur l'immeuble pour les travaux exécutés après telle dénonciation, pourvu qu'il fasse enregistrer, avant l'expiration des trente jours qui suivent la fin des travaux, un état de sa créance. Ce privilège est soumis aux mêmes formalités que celui du constructeur et de l'architecte quant à sa création et son extinction. Le propriétaire, dans le cas où le sous-entrepreneur lui a dénoncé son sous-contrat, a le droit de retenir sur le prix du contrat un montant suffisant pour faire face au privilège du sous-entrepreneur, et tout montant établi par un certificat décerné suivant les formalités de l'article 2013d sera réputé suffisant.

L'enregistrement de ces états se fait par dépôt.

It will be seen from reading the article that the builder's privilege is "for the work he has done as such", that it must be registered before the expiry of thirty days after the work has terminated, and that notice of this registration must be given to the owner within the same time limit. An action is prescribed six months after the date on which the work terminated.

A subcontractor's privilege is subject to the same formal requirements, but he must in addition notify the owner of his subcontract, and his privilege applies "for all work done after such notification". I shall return to this latter portion of the sentence below.

It is settled law that the privilege does not originate on the date it is registered, but goes back well beyond that: see *Munn & Shea Limited v. Hogue Ltée and H. Davis*[3], in which Duff J., as he then was, said for the Court, at p. 402:

> ... that the special office of the registration therein prescribed is not to give birth to the right, but to protect and conserve a right otherwise constituted.

It is also recognized that the existence of the privilege may go back to the start of performance of the work in the case of a builder, or the supply or preparation of materials in the case of a supplier of materials, and that they can enforce their privilege when a change of ownership occurs, if performance of their contract began before the change of ownership, even with respect to work done or materials supplied after that date: see *Craft Finance Corp. v. Louis Belle-Isle Lumber Inc. and Fernhill Homes Ltd.*[4]; *Nineteen Hundred Tower Ltd. et al. v. Cassiani et al.*[5]; *Sofinec Inc. v. Amico Inc.*[6]; *Roger Landry Ltée v. Place St-Gabriel Inc.*[7]; *Ascenseurs Leclerc Ltée v. Sinotal Inc. et autres*[8]; *Val-Mar Swimming Pools Ltd. v.*

[3] [1928] S.C.R. 398.
[4] [1966] S.C.R. 661.
[5] [1967] S.C.R. vi; [1967] Q.B. 787.
[6] [1969] Q.B. 941.
[7] [1973] C.S. 12.
[8] [1975] C.S. 1027.

L'on constate à la lecture de l'article que le privilège du constructeur est «à raison de (ses) travaux comme tels», qu'il doit être enregistré avant l'expiration des trente jours qui suivent la fin des travaux et qu'avis de cet enregistrement doit être donné au propriétaire dans le même délai. L'action se prescrit par six mois depuis la date de la fin des travaux.

Dans le cas du sous-entrepreneur, son privilège est soumis aux mêmes formalités mais il doit en outre dénoncer son sous-contrat au propriétaire et son privilège vaut «pour les travaux exécutés après telle dénonciation». Je reviendrai plus loin sur ce dernier membre de phrase.

Il est établi que le point de départ du privilège n'est pas la date de son enregistrement mais qu'il remonte bien au-delà. Voir *Munn & Shea Limited c. Hogue Ltée et H. Davis*[3], où le juge Duff, plus tard juge en chef, écrivait au nom de la Cour, à la p. 402:

> [TRADUCTION] ... que l'effet spécial de l'enregistrement qui y est prescrit n'est pas de faire naître le droit, mais de protéger et de conserver un droit créé d'une autre manière.

Il est également reconnu que l'existence du privilège peut remonter au début de l'exécution des travaux dans le cas d'un constructeur, ou de la fourniture ou de la préparation des matériaux dans le cas d'un fournisseur de matériaux, et que ceux-ci peuvent faire valoir leur privilège lorsqu'est survenu un changement de propriétaire si l'exécution de leur contrat a commencé avant le changement de propriétaire et cela même pour les travaux exécutés ou les matériaux fournis après cette date. Voir *Craft Finance Corp. c. Louis Belle-Isle Lumber Inc. et Fernhill Homes Ltd.*[4]; *Nineteen-hundred Tower Ltd. et al. c. Cassiani et al.*[5]; *Sofinec Inc. c. Amico Inc.*[6]; *Roger Landry Ltée c. Place St-Gabriel Inc.*[7]; *Ascenseurs Leclerc Ltée c.*

[3] [1928] R.C.S. 398.
[4] [1966] R.S.C. 661.
[5] [1967] R.C.S. vi; [1967] B.R. 787.
[6] [1969] B.R. 941.
[7] [1973] C.S. 12.

Richelieu Industrial Leasehold Inc.[9]; *New York Life Insurance Co. v. Glenbarr Development Ltd. et al.*[10]

In none of these cases was it held that the privilege originated at the date of the contract. However, it was not necessary in any of the cases to decide this point, as in each case performance had been begun before the date on which the retroactive change of ownership took effect. On the other hand, none of these cases held that the privilege does not go back to the date of the contract.

To my knowledge, the aforementioned *Assistance Loan* case is the only one which has dealt squarely with the question of whether the origin of the privilege can date from the date of the contract, and a majority decision of the Court of Appeal held that it could not, as in the case at bar it held unanimously.

The Court of Appeal arrived at this conclusion in *Assistance Loan* by basing itself on art. 2013 *C.C.*, and I think it is appropriate to reproduce again the passage quoted above from the reasons of Turgeon J.A.:

[TRANSLATION] The article 2013 C.C. privilege affects the additional value given to an immovable by construction or renovation work. It cannot arise before such work has been begun, since this is the point at which the additional value first exists.

Article 2013 *C.C.* reads as follows:

Art. 2013. The workman, supplier of materials, builder and architect have a privilege and a right of preference over all the other creditors on the immoveable, but only upon the additional value given to such immoveable by the work done or by the materials.

I agree that it is the additional value given to the immovable which justifies making the latter subject to a privilege. It is also only logical that the extent of the privilege should depend on the additional value, and this is provided in art. 2013 by the following words: "but only upon the additional value given to such immoveable by the work done

[9] [1978] C.S. 877.
[10] [1979] C.S. 572.

Sinotal Inc. et autres[8]; *Val-Mar Swimming Pools Ltd. c. Richelieu Industrial Leasehold Inc.*[9]; *New York Life Insurance Co. c. Glenbarr Development Ltd. et al.*[10]

Dans chacun de ces arrêts il n'a été décidé que le privilège prenait naissance à la date du contrat. En aucun cas cependant était-il nécessaire de le décider car dans chaque cas il y avait eu commencement d'exécution avant la date à laquelle le changement rétroactif de propriétaire a pris effet. Par contre aucun de ces arrêts ne décide-t-il que le privilège ne remonte pas à la date du contrat.

C'est seulement, à ma connaissance, dans l'arrêt précité d'*Assistance Loan* que la question s'est nettement posée de savoir si la naissance du privilège peut remonter à la date du contrat et la Cour d'appel, par un arrêt majoritaire a décidé dans la négative comme elle l'a fait dans la présente cause, cette fois à l'unanimité.

C'est en se référant à l'art. 2013 *C.c.* que la Cour d'appel en est arrivée à cette conclusion dans *Assistance Loan* et il me paraît utile de reproduire de nouveau le passage déjà cité des motifs du juge Turgeon:

Le privilège de l'article 2013 C.C. affecte la plus-value donnée à un immeuble par les travaux de construction ou d'amélioration. Il ne peut naître avant que ces travaux ne soient commencés, puisque c'est à ce moment que la plus-value commencera à exister.

L'article 2013 *C.c.* se lit comme suit:

Art. 2013. L'ouvrier, le fournisseur de matériaux, le constructeur et l'architecte ont un privilège et un droit en préférence sur l'immeuble, mais seulement quant à la plus-value donnée à cet immeuble par leurs travaux ou matériaux, à l'encontre de tous les autres créanciers.

Je conviens que c'est la plus-value donnée à l'immeuble qui justifie que celui-ci soit grevé d'un privilège. Il n'est que logique aussi que la plus-value soit la mesure de l'étendue du privilège et c'est ce que décrète l'art. 2013 par ces mots: «mais seulement quant à la plus-value donnée à cet immeuble par leurs travaux ou matériaux.» Mais

[8] [1975] C.S. 1027.
[9] [1978] C.S. 877.
[10] [1979] C.S. 572.

or by the materials". However, the fact that the extent of the privilege depends on the additional value does not necessarily mean, in my opinion, that the creditor's right did not originate earlier. It goes without saying that in order to have a debt to be enforced the builder must perform his contract, and it is equally clear that for his debt to attach to the immovable the result of his efforts must be materially evident thereon.

In the case of the supplier of materials, his privilege extends to materials "for the construction of which they have been specially prepared" (*C.C.* art. 2013e). The article does not require these materials to be incorporated in the construction before the privilege can arise.

In *Nineteen Hundred Tower Ltd. et al. v. Cassiani et al.*, *supra*, the Court of Appeal held in the submission of respondent that the supplier's materials must in fact be incorporated in the immovable for the privilege to arise. I refer here to the opinion of Beetz J., in *Lumberland Inc. v. Nineteen Hundred Tower Ltd.*[11], in which this proposition was set aside, when he observed for the Court at pp. 594, 595 and 596:

> It would also seem advisable to clarify the scope of the decision of the Quebec Court of Appeal in *Nineteen Hundred Tower Limited v. Cassiani*, of which it was implied, without the necessary qualifications that it met with the approval of this Court: *Sofinec Inc. v. Amico Inc.*, at p. 945, and *Assistance Loan and Finance Corp. v. Bourassa*, at pp. 633 and 636. A reader of the summary in the case report might think that in *Cassiani* the Court of Appeal held that the privilege of the supplier of materials arises when delivery of the materials begins and they begin to be incorporated into the building: which would amount to acknowledging that the materials must be incorporated into the building in order for a privilege to arise.
>
> It seems to me that the *ratio decidendi* in *Cassiani* is to be found at p. 792 of the report:
>
> [TRANSLATION] Considering the provision of the law and the acknowledged fact that, on March 4, 1963, the date of the loan contract with a *dation en paiement* clause, appellant (the lender) knew that the above-mentioned building was then under construction, it was his responsibility to protect himself, in

[11] [1977] 1 S.C.R. 581.

que la plus-value soit la mesure du privilège ne signifie pas nécessairement à mon sens que le droit du créancier n'est pas né avant. Il va de soi que pour avoir une créance à exercer le constructeur doit exécuter son contrat et il va de soi que pour que sa créance affecte l'immeuble il faut que le fruit de ses travaux s'y retrouve de façon matérielle.

Dans le cas du fournisseur de matériaux son privilège s'étend aux matériaux «qu'il a spécialement préparés pour telle construction.» (*C.c.* art. 2013e). L'article n'exige pas que ces matériaux soient incorporés à la construction avant que le privilège puisse naître.

La Cour d'appel dans l'arrêt *Nineteen Hundred Tower Ltd. et al. c. Cassiani et al.* précité aurait décidé selon l'intimée qu'il faut que les matériaux du fournisseur soient effectivement incorporés à l'immeuble pour que puisse naître le privilège. Je me réfère ici à l'opinion du juge Beetz dans l'arrêt *Lumberland Inc. c. Nineteen Hundred Tower Ltd.*[11], où cette proposition fut mise de côté lorsqu'aux pp. 594, 595 et 596 il écrit au nom de la Cour:

> Il y aurait lieu, également, de clarifier la portée de l'arrêt rendu par la Cour d'appel du Québec dans *Nineteen Hundred Tower Limited* c. *Cassiani* dont on a laissé entendre sans faire les nuances nécessaires qu'il avait été approuvé par cette Cour: *Sofinec Inc.* c. *Amico Inc.*, à la p. 945; *Assistance Loan and Finance Corp.* c. *Bourassa*, aux pp. 633 et 636. Pour qui se fie au sommaire du Recueil de Jurisprudence, il peut sembler que la Cour d'appel ait décidé dans l'arrêt *Cassiani* que le privilège du fournisseur de matériaux prend naissance lorsque débute la livraison des matériaux et que ces matériaux commencent à être incorporés à l'édifice, ce qui serait reconnaître que les matériaux doivent être incorporés à l'édifice pour que naisse le privilège.
>
> Il m'apparaît que le motif déterminant de l'arrêt *Cassiani* se retrouve à la p. 792 du recueil:
>
> Vu les dispositions de la loi et le fait reconnu que, le 4 mars 1963, date du contrat de prêt avec clause de dation en paiement, le demandeur (i.e. le prêteur) savait que le susdit édifice était alors en voie de construction, il incombait à ce dernier de se protéger, notamment contre l'éventualité de privilèges de four-

[11] [1977] 1 R.C.S. 581.

particular against the possibility of privileges of suppliers of materials.

This was basically an application of the reasoning adopted by the Court of Appeal in *Belle-Isle Lumber v. Craft Finance Corp.* In that case it was held that the concluding by the owner of a loan contract containing a *dation en paiement* clause did not affect the rights of the supplier of materials with whom the owner had made a previous contract, if the delivery of the materials began before such a loan contract was entered into and registered. The latter decision was upheld by this Court, which declared itself in agreement with the reasons and conclusions of the Court of Appeal and formally adopted them: *Craft Finance Corp. v. Belle-Isle Lumber et al.* However, in *Cassiani*, when Salvas J.A., whose opinion was concurred in by the two other judges of the Court of Appeal, stated that:

> [TRANSLATION] The privilege of the mis en cause arose as soon as they started to perform their obligation to supply materials, and as soon as these materials started to be incorporated into the building; hence no formality was required by law, (at p. 792),

he went further than was necessary in order to decide the case before him. Simply stated, it seems to me that, in reference to the circumstances surrounding *Belle-Isle Lumber*, the fact that the building was under construction when the loan contract was concluded was only a further reason for deciding that the privileges of suppliers of materials were not affected by the subsequent entering into and registration of the loan contract containing a *dation en paiement* clause. Moreover, the statement that this Court upheld the judgment of the Appeal Court in *Cassiani* should be qualified. At page vi of the Supreme Court Reports, 1967, there is only the following: "*Nineteenhundred Tower Ltd. et al. v. Cassiani, Harris Steel Corpn.; Franklin Electrical Supply et al. (Que.)*, [1967] Q.B. 787, appeals dismissed with costs, December 1, 1967". However, the oral judgment of the Court as entered in the record reads as follows:

> We are all of the opinion that the Court of Appeal has reached the proper conclusion. The appeal in each of the cases is therefore dismissed with costs.

In this decision, the reasons given by the Court of Appeal were not adopted as they were in *Belle-Isle Lumber.*

The only case I know of in which it was decided that the additional value must be acquired, at least in part, before the privilege arises is that referred

nisseurs de matériaux.

C'était en somme appliquer le même raisonnement que la Cour d'appel avait adopté dans *Belle-Isle Lumber c. Craft Finance Corp.* Il fut décidé dans cette cause que la conclusion par le propriétaire d'un contrat de prêt comportant clause de dation en paiement n'affecte pas les droits du fournisseur de matériaux avec qui le propriétaire a contracté antérieurement si la livraison des matériaux débute avant la passation et l'enregistrement d'un tel contrat de prêt. Cette dernière décision fut confirmée par cette Cour qui se déclara d'accord avec les motifs et les conclusions de la Cour d'appel et qui les adopta formellement: *Craft Finance Corp. c. Belle-Isle Lumber et al.* Néanmoins, quand dans l'arrêt *Cassiani* M. le juge Salvas, dont l'opinion fut partagée par les deux autres juges de la Cour d'appel, dit que:

> Les privilèges des mis en cause ont pris naissance dès qu'ils ont commencé l'exécution de leur obligation de fournir des matériaux et que ces matériaux ont commencé à être incorporés à l'édifice, aucune formalité n'étant alors exigée par la loi, (à la p. 792),

il s'exprime au-delà de ce qui était nécessaire pour décider du litige dont il était saisi. Il m'apparaît tout simplement que le fait que l'édifice était en voie de construction au moment de la conclusion du contrat de prêt n'était qu'une raison additionnelle par rapport aux circonstances de la cause *Belle-Isle Lumber* pour décider que les privilèges des fournisseurs de matériaux n'étaient pas affectés par la passation et l'enregistrement subséquents de ce contrat de prêt comportant une clause de dation en paiement. D'autre part l'affirmation que cette Cour a confirmé le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Cassiani* mérite d'être qualifiée. A la page VI des Rapports judiciaires de la Cour suprême de 1967 l'on ne trouve que la mention suivante: «*Nineteenhundred Tower Ltd. et al. v. Cassiani, Harris Steel Corpn.*; *Franklin Electrical Supply et al. (Qué.)*, [1967] Q.B. 787, [TRADUCTION] pourvois rejetés avec dépens, le 1er décembre 1967». Cependant, le jugement oral de la Cour consigné dans le registre se lit ainsi:

> [TRADUCTION] Nous sommes tous d'avis que les conclusions tirées par la Cour d'appel sont juridiquement bien fondées. Le pourvoi relatif à chacune de ces affaires est donc rejeté avec dépens.

Ce prononcé n'adopte pas les motifs de la Cour d'appel comme ce fut le cas dans l'affaire *Belle-Isle Lumber.*

Le seul arrêt que je connaisse qui dispose que la plus-value doit être acquise au moins en partie avant que naisse le privilège est l'arrêt précité

to above, *Assistance Loan*, on which the decision *a quo* was based.

French legal theory and precedent provide us with no assistance in this regard. The applicable rules are different and, in addition, [TRANSLATION] " ... the privilege has, if not fallen into disuse, become little used." (Planiol and Ripert, *Droit civil français*, vol. XII, 2nd ed., No. 666, p. 693.)

In *Lumberland Inc.*, *supra*, Beetz J. wrote at p. 593:

In this case, the principle intended by the legislator, and stated in art. 2013 *C.C.*, is that those persons whose labour or materials have conferred additional value on an immoveable benefit from a surety and a right of preference in that immoveable.

In *Munn & Shea*, *supra*, in the Court of Appeal[12], Lafontaine C.J. wrote, at p. 203:

[TRANSLATION] Otherwise, the law would be singularly ineffective if, while work was in progress, an owner who had benefited from materials supplied to him could deprive the supplier of materials of the privilege conferred on him by law by selling the immovables for which the materials were supplied and in which they were incorporated.

The case at bar concerns a builder's privilege rather than that of a supplier of materials. Nonetheless, the elevators built by appellant were incorporated in respondent's buildings.

In the case of an architect who is responsible only for preparing plans, it is conceivable that he may have entirely finished his work before construction begins. If, as the result of a retroactive giving in payment clause a creditor becomes owner as of a date prior to the start of construction, the architect would have no privilege even if his plans were used in construction of the building. All that would be available to him would be a rather precarious action against the original owner.

As indicated above, in the case where a subcontractor has notified the owner of his contract, "such a sub-contractor shall have a privilege upon

[12] (1927), 44 K.B. 198 (C.A.).

Assistance Loan sur lequel est fondé l'arrêt qui fait l'objet de ce pourvoi.

La doctrine et la jurisprudence françaises ne nous sont ici d'aucun secours. Les règles applicables sont différentes et de plus « ... le privilège est, sinon tombé en désuétude, du moins peut utilisé.» (Planiol et Ripert, *Droit civil français*, tome XII, 2e éd., nº 666, p. 693.)

Dans *Lumberland Inc.*, précité, le juge Beetz écrit à la p. 593:

En l'occurrence, le principe voulu par le législateur et qu'il énonce à l'art. 2013 C.c., c'est que ceux dont le labeur ou les matériaux ont servi à donner une plus-value à un immeuble bénéficient d'une sûreté et d'un droit de préférence sur cet immeuble.

Dans *Munn & Shea*, précité, en Cour d'appel[12], le juge en chef Lafontaine écrivait à la p. 203:

Autrement, la loi serait singulièrement inefficace si, au cours des travaux, un propriétaire, après avoir bénéficié des matériaux qui lui ont été fournis, pouvait frustrer le fournisseur de matériaux du privilège que la loi lui confère, par la vente qu'il ferait des immeubles pour lesquels les matériaux ont été fournis et qui y ont été incorporés.

Il s'agit dans la présente cause du privilège du constructeur plutôt que de celui du fournisseur de matériaux. Les ascenseurs construits par l'appelante ne s'en trouvent pas moins incorporés aux immeubles de l'intimée.

Dans le cas d'un architecte qui ne serait chargé que de la confection des plans on peut concevoir le cas où il aurait entièrement terminé son travail avant que ne commence la construction. Si par l'effet d'une clause de dation en paiement rétroactive un créancier devenait propriétaire à compter d'une date antérieure au début de la construction, l'architecte ne bénéficierait d'aucun privilège lors même que ses plans aient servi à la construction de l'édifice. Il ne conserverait qu'un recours bien aléatoire contre le propriétaire original.

Comme on l'a vu, dans le cas du sous-entrepreneur qui a dénoncé son contrat au propriétaire, «ce sous-entrepreneur a un privilège sur l'immeuble

[12] (1927), 44 B.R. 198 (C.A.).

the immoveable for all work done after such notification". Similarly, in the case of a supplier of materials who contracts with the builder and has notified the owner of this contract, "His privilege is conserved for all the materials supplied after such notice".

Accordingly, the origin of the privilege of the supplier of materials who has concluded the contract with the builder, and that of the subcontractor, is when notification of the subcontract to the owner takes place.

These provisions indicate that such creditors have a privilege for all work performed or materials supplied after notification. There is no stipulation as to the precise time when the privilege arises, provided of course that the other conditions are complied in due course: that they perform their contract, that the property acquires an additional value, that they register their privilege within thirty days after completion of the work and give notice of it to the owner, and finally that they take action within six months of completion of the work.

It is well settled that this privilege only applies for materials supplied and work performed after notification, and not before: see *Concrete Column Clamps Ltd. v. City of Quebec*[13]; *Alppi v. Hamel*[14]; *Desrosiers v. Léger*[15]. In my opinion, therefore, this must be regarded as the point at which the privilege originates.

In the case of the supplier of materials and that of the builder dealing directly with the owner, no notice is necessary. This goes without saying, since as Mignault points out, vol. 9, p. 71: [TRANSLATION] "Such a procedure, besides not being required, would be absolutely pointless". The owner is given adequate notice merely by the existence of the contract. In this case, the point of origin of the privilege must be the date of the contract, if the privilege of persons not dealing directly with the owner arises at the date of notification.

[13] [1940] S.C.R. 522, aff. (1939), 67 K.B. 537.
[14] (1939), 66 K.B. 448.
[15] (1923), 29 R.L. N.S. 435.

pour les travaux exécutés après telle dénonciation, . . . » De même dans le cas du fournisseur de matériaux qui contracte avec le constructeur et qui a dénoncé son contrat au propriétaire, «son privilège est conservé pour tous les matériaux fournis après cet avis. . .»

Le point de départ du privilège du fournisseur de matériaux qui a conclu un contrat avec le constructeur de même que celui du sous-entrepreneur est donc la dénonciation du sous-contrat au propriétaire.

Ces dispositions nous font voir que ces créanciers ont un privilège pour tous les travaux exécutés ou les matériaux fournis après la dénonciation. Il n'y a pas de stipulation quant à un moment précis où naît le privilège pourvu bien sûr qu'en temps opportun les autres conditions soient remplies: qu'ils exécutent leur contrat, que l'immeuble acquière une plus-value, qu'ils enregistrent leur privilège dans les trente jours qui suivent la fin des travaux et en donnent avis au propriétaire, enfin qu'ils prennent action dans les 6 mois de la fin des travaux.

Il est constant que ce privilège ne vaut que pour les matériaux fournis et les travaux exécutés après la dénonciation et non avant. Voir *Concrete Column Clamps Ltd. c. Cité de Québec*[13]; *Alppi c. Hamel*;[14] *Desrosiers c. Léger*[15]. C'est donc bien là à mon avis marquer le point de départ du privilège.

Dans le cas du fournisseur de matériaux et celui du constructeur qui traite directement avec le propriétaire, aucun avis n'est requis. Cela va de soi puisque comme l'écrit Mignault, vol. 9, p. 71: «cette formalité, outre qu'elle n'est pas exigée, serait absolument inutile.» Le propriétaire est suffisamment prévenu par le seul fait du contrat. Le point de départ du privilège doit en ce cas être la date du contrat si c'est à la date de la dénonciation que naît le privilège de ceux qui ne traitent pas directement avec le propriétaire.

[13] [1940] R.C.S. 522, conf. (1939), 67 B.R. 537.
[14] (1939), 66 B.R. 448.
[15] (1923), 29 R.L. N.S. 435.

In *Henri Gadbois et al. v. Armand Boileau et al. and Stimson-Reeb Builders Supply Company*[16], although is was *obiter*, Lamont J. wrote for the Court, at p. 596: " ... the privilege is effectively constituted without registration at the date when the obligation of the proprietor or contractor arises ...".

In *Clairment Delisle Inc. v. I. & S. Construction Corporation et al.*, Superior Court, Montreal, No. 609-512, May 21, 1965, André Nadeau J. wrote:

[TRANSLATION] Whereas this privilege arises out of rights which are recorded in the work contract, and goes back to the date of the agreement concluded, followed by opening of the site;

The final words mean, in my view, that of course the privilege is subject to the condition that the contract be performed, but it nonetheless goes back to the date of the contract itself. I should, however, observe that in this case there was a builder's privilege, and the builder had begun his work the day before conclusion of the contract containing the giving in payment clause which was later given effect.

In *Assistance Loan, supra*, Rinfret J., as he then was, dissenting, wrote at pp. 636, 637 and 638:

[TRANSLATION] I am not persuaded that the legislator intended, on the one hand, to give materials suppliers and builders the benefit of the privilege and, on the other hand, to open the door to their being deprived of it, or that he intended to make a distinction between the materials supplier or subcontractor who contracts with the builder and those contracting with the owner.

I readily agree that a supplier or builder should be required, and be subjected to certain disadvantages if they do not, to ascertain from the registry office whether there are hypothecs which might invalidate their future privileges; however, I cannot agree that they should be required to undertake the same research before every shipment of materials or day of work.

This is all the more true as, if after such a check they find that a hypothec with a retroactive giving in payment has been registered subsequent to their contract, and they refuse to deliver further supplies or perform

[16] [1929] S.C.R. 587.

Dans *Henri Gadbois et al. c. Armand Boileau et al. et Stimson-Reeb Builders Supply Company*[16], bien que ce fût un *obiter*, le juge Lamont écrivait au nom de la Cour, à la p. 596: [TRADUCTION] « ... le privilège est effectivement créé sans enregistrement, à la date où prend naissance l'obligation du propriétaire ou de l'entrepreneur ...».

Dans *Clairment Delisle Inc. c. I. & S. Construction Corporation et al.*, Cour supérieure, Montréal, nº 609-512, 21 mai 1965, le juge André Nadeau écrit:

Considérant que ce privilège prend son origine dans les droits que constate le contrat d'entreprise et remonte à la date de la convention intervenue suivie de l'ouverture du chantier;.

Les derniers mots signifient à mon avis que, bien entendu, le privilège est sujet à la condition que le contrat soit exécuté mais il n'en remonterait pas moins à la date du contrat lui-même. Je dois toutefois faire observer que dans cette cause il s'agissait d'un privilège de constructeur et que ce dernier avait commencé ses travaux la veille de la passation du contrat comportant la clause de dation en paiement à laquelle il fut plus tard donné effet.

Dans l'arrêt *Assistance Loan* précité, le juge Rinfret, plus tard juge en chef, dissident, écrit aux pp. 636, 637 et 638:

Je ne puis me convaincre que le législateur ait voulu d'une part donner aux fournisseurs de matériaux et constructeurs le bénéfice du privilège et qu'il ait, d'autre part, ouvert la porte béante pour les en priver, ni qu'il ait voulu établir une différence entre le fournisseur de matériaux ou sous-traitant qui contracte avec le constructeur et ceux qui contractent avec le propriétaire.

Que l'on exige, sous peine d'en subir les conséquences fâcheuses, du fournisseur ou du constructeur, l'obligation de vérifier au bureau d'enregistrement s'il y a des hypothèques qui annihileraient son futur privilège, j'en conviens aisément; mais je ne puis admettre qu'ils doivent s'astreindre à la même vérification avant chaque fourniture de matériaux ou chaque jour de travaux.

D'autant plus que si, après semblable vérification, ils se rendent compte de l'enregistrement, postérieur à leur contrat, d'une hypothèque comportant dation en paiement rétroactive, ils refusent de livrer d'autres maté-

[16] [1929] R.C.S. 587.

any more work, they would run the risk of an action in damages based on their contracts.

I find it hard to imagine (I am not suggesting that that is what occurred in the case at bar) an owner signing a number of contracts for the purpose of construction of his building and one week later granting a hypothec with a retroactive giving in payment.

In the event that he failed to meet his payments, whether deliberately or otherwise, after the construction had progressed substantially, the building would become the property of the hypothecary creditor, free and clear of all privileges, with the consequence that suppliers and builders would lose their privileges and the creditor would be enriched at their expense.

That surely is not what the legislator intended.

By the first paragraph of Art. 2013e, he determined the amount, the measure or the extent of the privilege; he did not include the date on which the privilege originates.

His speaking in the past: "materials supplied" or "which . . . have been specially prepared", is because at the time the privilege is registered and the additional value given to the building they will be things of the past.

I think it would be inconceivable to argue that, by delivering one board before the hypothec is registered, the supplier of materials has given additional value to the building, and that this delivery is sufficient to guarantee him a privilege for all deliveries subsequent to the hypothec.

The additional value is determined later, when the materials have been incorporated and the work carried out.

The second paragraph of Art. 2013e deals with the case where a supplier of materials contracts with the owner, and the article states that the privilege is "conserved" by the registration.

For the privilege to be conserved, it must have originated.

The second paragraph does not expressly indicate the date on which the privilege arises, and as to this reference must be had to the third paragraph.

In a case where the supplier of materials contracts with the builder, he must notify the owner of the immovable in writing that he has made a contract with the builder to deliver materials. His privilege is con-

riaux ou d'exécuter d'autres travaux, ils s'exposeraient à une action en dommages-intérêts basée sur leurs contrats.

Je puis facilement imaginer (je ne dis pas que cela se soit produit dans le présent cas) un propriétaire signant un certain nombre de contrats en vue de la construction de son immeuble et qui une semaine plus tard consentirait une hypothèque avec dation en paiement rétroactive.

En cas de défaut de rencontrer ses paiements, volontairement ou pas, après que la construction est matériellement avancée, l'immeuble deviendrait la propriété du créancier hypothécaire, franc et quitte de tous privilèges, avec la conséquence que les fournisseurs et les constructeurs perdraient leurs privilèges et que le créancier s'enrichirait à leurs dépens.

Ce n'est sûrement pas cela qu'a voulu le législateur.

Par le premier paragraphe de l'article 2013e, il fixe la quotité, la mesure ou l'étendue du privilège; il n'établit pas la date de la naissance du privilège.

S'il parle au passé: «matériaux qu'il a fournis» ou «qu'il a spécialement préparés» c'est qu'au moment où le privilège sera enregistré et la plus-value donnée à l'immeuble, ils seront choses du passé.

Il serait, je crois, impensable d'arguer que, par la livraison d'une planche, avant l'enregistrement de l'hypothèque, le fournisseur de matériaux a déjà donné une plus-value à l'immeuble, et que ce geste serait suffisant pour lui garantir un privilège sur toutes les livraisons subséquentes à l'hypothèque.

La plus-value est déterminée plus tard, lorsque les matériaux ont été incorporés et les travaux exécutés.

Le deuxième paragraphe de l'article 2013e traite du cas où le fournisseur de matériaux contracte avec le propriétaire, l'article dit que le privilège est «conservé» par l'enregistrement.

Pour être conservé le privilège a dû naître.

Le second paragraphe n'est pas explicite au sujet de la date de la naissance du privilège, c'est pourquoi il nous faut consulter le troisième paragraphe pour être éclairé à ce sujet:

Dans le cas où le fournisseur de matériaux contracte avec le constructeur, il doit informer par écrit le propriétaire de l'héritage qu'il a fait un contrat avec le constructeur pour la livraison de matériaux. Son privilège est

served for all materials supplied after this notice, provided, and so on.

It seems unreasonable to conclude that a supplier of materials contracting with the builder could be entitled to a privilege over all materials delivered after the owner is made aware of the contract entered into, and a supplier contracting with the owner, who in signing the contract is made aware of its existence, would not have the same benefit.

In my opinion, it follows from the third paragraph of Art. 2013e that the origin of the privilege is determined by the knowledge of the contract by the owner.

Furthermore, his undertaking to give additional value to the immovable dates from this time.

The privilege will then be conserved in accordance with the formal requirements specified by law.

I concur in this view. The privilege is a right which by its nature originates, develops, is conserved and exercised in stages, at different times. The fact that it is subject to various conditions which must all be met for it to be exercised does not prevent it from originating. Article 2013 *C.C.* has been complied with if the conditions are met when the privilege is exercised and the additional value is present at that time. I therefore consider that the builder's privilege arises or originates at the date of the contract by which the builder undertakes to perform the work.

In support of their proposition that the privilege cannot arise before work has been begun on the job site, counsel for the respondent submitted:

[TRANSLATION]This material presence is indispensable for the protection of third parties. It replaces registration of the builder's real right and serves as a means of public notification. It discloses the existence of the privilege to third parties or causes them to suspect that it exsits.

In this connection, Lamont J. wrote in *Gadbois, supra,* at p. 596:

... The reason for not requiring notice to be given by means of the register to intending purchasers, or others desiring to acquire an interest in the immovable, must, in my opinion, have been that notice by registration was considered unnecessary in view of the notice furnished by a building under construction or newly completed on the land sought to be dealt with. Anyone proposing to

conservé pour tous les matériaux fournis après cet avis pourvu ...

Il me semble déraisonnable de croire que le fournisseur de matériaux contractant avec le constructeur, aurait droit à un privilège pour tous matériaux livrés après la connaissance qu'a le propriétaire du contrat intervenu et que le fournisseur contractant avec le propriétaire, qui, dès la signature du contrat, en a connaissance, serait privé du même avantage.

Il faut, à mon avis, conclure du troisième paragraphe de l'article 2013e que c'est la connaissance du contrat par le propriétaire qui détermine la naissance du privilège.

C'est d'ailleurs à partir de ce moment qu'il s'engage à donner la plus-value à l'immeuble.

Le privilège sera ensuite conservé en suivant les formalités établies par la loi.

Je partage cet avis. Le privilège est un droit qui de par sa nature naît, croît, se conserve et s'exerce par étapes, à des époques différentes. Qu'il soit assujetti à diverses conditions qui doivent toutes être rencontrées pour qu'il puisse être exercé ne l'empêche pas de naître. Il suffit que les conditions soient remplies lors de son exercice et que la plus-value soit présente à cette époque pour que l'art. 2013 *C.c.* soit respecté. Je suis donc d'avis que le privilège du constructeur naît ou a son point de départ à la date du contrat d'entreprise par lequel il s'est engagé.

A l'appui de leur proposition que le privilège ne saurait naître avant que les travaux ne soient commencés sur le chantier, les procureurs de l'intimée écrivent:

Cette présence physique est indispensable pour la protection des tiers. Elle remplace l'enregistrement du droit réel du constructeur et sert de moyen de publicité. Elle révèle aux tiers l'existence du privilège ou leur fait soupçonner la possibilité de cette existence.

Sous ce rapport le juge Lamont écrivait dans l'arrêt *Gadbois* précité, à la p. 596:

[TRADUCTION] ... La raison pour laquelle on n'exige pas qu'avis soit donné par le biais de l'enregistrement aux acquéreurs éventuels, ou à d'autres personnes qui voudraient acquérir un droit dans l'immeuble, doit être, selon moi, que l'avis par enregistrement a été considéré inutile étant donné l'avis que constitue en soi un immeuble en construction ou récemment complété sur le bien-

deal with such land would know, or would be presumed to know, that privileges might attach thereto.

The last sentence in particular, "Anyone proposing to deal with such land would know, or would be presumed to know, that privileges might attach thereto", seems to me to apply equally to the situation before the Court, in which respondent made a loan specifically for the purpose of enabling buildings to be built. Further, in the emphyteutic lease there is the following provision:

[TRANSLATION] WHEREAS the lessee wishes to obtain possession of the said land and to use the same as emphyteutic lessee for sixty years, provided there is:

. . .

(2) An undertaking to construct a building . . .

Finally, clause 3.02 of the lease provides that:

[TRANSLATION] 3.02 Construction work shall begin at once and the building shall be completed on or about August 1 next (1971).

Counsel for the respondent further relied in their factum and at the hearing on another argument based on the following clause of the contract between Horn Elevator and Beauharnois, the predecessors in title of the parties respectively:

It is expressly agreed that Horn Elevator Limited shall not be in any way liable to the Purchaser in respect of any builder's warranty or under any statute or law relating to the responsibility, liability or obligation of builders and the Purchaser shall be deemed for all purposes to be the builder and will assume, and indemnify Horn Elevator Limited against all and any obligation and liability of whatsoever nature or kind that may by any statute or law be imposed upon persons who construct or erect a building or part thereof.

They wrote:

[TRANSLATION] The question arises, in the circumstances, as to the right on which Armor is basing its claim to a builder's privilege, since it has stipulated that it is not a builder.

I find nothing in this clause which constitutes a stipulation that appellant is not a builder, and that accordingly it could not benefit from the privilege given to the builders. Just from reading this clause, it appears to me to contain a limitation on appellant's liability to respondent, under the law or otherwise, as a builder, and an undertaking by

fonds visé. Quiconque s'intéresse à ce bien-fonds saurait, ou serait présumé savoir, qu'il peut être grevé de privilèges.

La dernière phrase en particulier: [TRADUCTION] «Quiconque s'intéresse à ce bien-fonds saurait, ou serait présumé savoir, qu'il peut être grevé de privilèges» . . . me paraît s'appliquer tout autant à la présente situation où l'intimé a consenti un prêt dans le but précis de rendre possible la construction d'édifices. De plus dans le bail emphytéotique se trouve l'attendu suivant:

ATTENDU que le preneur désire obtenir la possession dudit terrain et s'en servir à titre d'emphytéote durant soixante années, moyennant:

. . .

(2) L'engagement de construire un bâtiment . . .

Enfin, la clause 3.02 du bail stipule:

3.02 Les travaux de construction commenceront immédiatement et le bâtiment devra être achevé vers le premier août prochain (1971).

Les procureurs de l'intimée ont par ailleurs invoqué dans leur factum et à l'audition un autre moyen fondé sur la clause suivante du contrat entre Horn Elevator et Beauharnois auxquelles les parties ont succédé respectivement:

[TRADUCTION] Il est expressément convenu que Horn Elevator Limited ne sera en aucune façon responsable envers l'acquéreur à l'égard d'une garantie de constructeur ou en vertu de toute loi relative à la responsabilité ou aux obligations des constructeurs, et l'acquéreur sera réputé à toutes fins être le constructeur et tiendra Horn Elevator Limited indemne et à couvert de toute obligation et responsabilité de quelque nature qu'une loi peut imposer aux personnes qui construisent ou érigent un immeuble en totalité ou en partie.

Ils écrivent:

Il y a lieu de se demander, dans les circonstances, de quel droit Armor réclame le privilège de constructeur puisqu'elle a stipulé ne pas être un constructeur.

Je ne vois rien dans cette clause qui constitue une stipulation à l'effet que l'appelante n'est pas un constructeur et que partant, elle ne pourrait bénéficier du privilège accordé aux constructeurs. A la simple lecture cette clause me paraît comporter une limitation de la responsabilité de l'appelante envers l'intimée, en vertu de la loi ou autre-

respondent to stand surety for any obligation or liability imposed on a builder, and respondent is to be regarded in this connection as the builder itself for the purpose of discharging all such responsibilities. Be that as it may, there is no need for any other interpretation of the meaning and scope of this clause for the purposes of the case at bar than to say that, in my opinion, the fact that appellant limited its liability to respondent and that the latter undertook to act as surety for appellant does not have the effect of making appellant cease to be a builder where the owner is concerned. This clause therefore cannot in any way deprive appellant of its privilege, and I do not think it is necessary or useful to consider the matter further.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court, and dismiss respondent's action with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Chait Salomon & Associates, Montreal.

Solicitors for the respondent: Drouin, Sirois & Associates, Montreal.

ment, en tant que constructeur et un engagement de la part de l'intimée de se porter garante de toute obligation ou responsabilité imposée à un constructeur, l'intimée étant à tous égards considérée comme étant elle-même le constructeur sous ce rapport aux fins d'assumer ses responsabilités. Quoiqu'il en soit il n'y a pas lieu d'interpréter le sens et la portée de cette clause pour les fins du litige autrement que pour dire qu'à mon avis le fait pour l'appelante de limiter sa responsabilité envers l'intimée et pour cette dernière de s'engager à garantir l'appelante n'a pas pour effet de faire en sorte que l'appelante ne soit plus un constructeur vis-à-vis le propriétaire. Cette clause ne peut donc en aucune façon priver l'appelante de son privilège et il ne me paraît ni nécessaire ni utile de m'y attarder davantage.

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer l'arrêt de la cour d'appel de même que le jugement de la Cour supérieure, et de rejeter l'action de l'intimée avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Chait Salomon & Associates, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Drouin, Sirois & Associates, Montréal.

Michel Paquette and Madeleine Brabant
Appellants;

and

Yvon Galipeau and Diane Galipeau
Respondents.

1980: November 10; 1981: February 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Minors — Adoption — Writ of habeas corpus quashed — Custody of natural child given to respondents for adoption purposes — Validity of consent — Withdrawal of consent — Civil Code, art. 245 — Code of Civil Procedure, arts. 851, 855 — Adoption Act, R.S.Q. 1977, c. A-7, ss. 1(b), 1(d), 6(a), 15, 16, 17 — The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73, am. by 1971 (Ont.), vol. 2, c. 98, s. 4(1) and 1975 (Ont.), c. 1, s. 31.

Conflict of laws — Appellants, the natural parents, residing in Ontario — Respondents, with custody, domiciled in Quebec — Civil Code, art. 6(4) — Adoption Act, R.S.Q. 1977, c. A-7, ss. 1(b), 1(d), 6(a), 15, 16, 17 — The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73, am. by 1971 (Ont.), vol. 2, c. 98, s. 4(1) and 1975 (Ont.), c. 1, s. 31.

The female appellant, a resident of Ontario, discovered that she was pregnant. She told the male appellant, the father, who was also a resident of Ontario. On November 1, 1978, appellants each signed in Ontario a consent to their unborn child being adopted by respondents, a couple domiciled in Quebec. The child was born on December 7, 1978 and two days later was given into the care of respondents without further formalities. Subsequently, appellants regretted their decision. At the end of April 1979, they asked to have their child returned, and this was refused by respondents. Appellants obtained a writ of *habeas corpus* against respondents.

The Superior Court quashed the writ of *habeas corpus* and the decision of the Court of Appeal upheld this judgment.

Held: The appeal should be dismissed.

The Superior Court judge only had before him a writ of *habeas corpus*. He was not required to decide on the question of the custody or adoption of the child, which is a matter for the Youth Court. The question became as

Michel Paquette et Madeleine Brabant
Appelants;

et

Yvon Galipeau et Diane Galipeau *Intimés.*

1980: 10 novembre; 1981: 3 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Mineurs — Adoption — Annulation d'un bref d'habeas corpus — Garde d'un enfant naturel confié aux intimés pour adoption — Validité du consentement — Retrait du consentement — Code civil, art. 245 — Code de procédure civile, art. 851, 855 — Loi sur l'adoption, L.R.Q. 1977, chap. A-7, art. 1b), 1d), 6a), 15, 16, 17 — The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, chap. 64, art. 73, mod. par 1971 (Ont.), vol. 2, chap. 98, art. 4(1) et 1975 (Ont.), chap. 1, art. 31.

Droit international privé — Appelants, parents naturels, résidant en Ontario — Intimés à qui la garde a été donnée, domiciliés au Québec — Code civil, art. 6(4) — Loi sur l'adoption, L.R.Q. 1977, chap A-7, art. 1b), 1d), 6a), 15, 16, 17 — The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, chap. 64, art. 73, mod. par 1971 (Ont.), vol. 2, chap. 98, art. 4(1) et 1975 (Ont.), chap. 1, art. 31.

L'appelante, une résidente de l'Ontario, a appris qu'elle était enceinte. Elle a avisé l'appelant, le père, également résident de l'Ontario. Le 1[er] novembre 1978, les appelants ont chacun signé en Ontario un consentement à ce que leur enfant soit adopté par les intimés, un couple domicilié au Québec. L'enfant est née le 7 décembre 1978 et deux jours plus tard a été confiée aux soins des intimés sans autres formalités. Ultérieurement, les appelants ont regretté leur décision. Fin avril 1979, ils ont demandé le retour de leur enfant, ce que les intimés leur ont refusé. Les appelants ont obtenu la délivrance d'un bref d'*habeas corpus* contre les intimés.

La Cour supérieure a annulé le bref d'*habeas corpus* et l'arrêt de la Cour d'appel maintient ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge de la Cour supérieure était seulement saisi d'un bref d'*habeas corpus*. Il n'avait pas à statuer sur la question de la garde ni de l'adoption de l'enfant qui relève du Tribunal de la jeunesse. La question devient la

follows: "Were respondents justified under the law in refusing to return the child to appellants?"

This case raises a question of conflict of laws. The child must be one who may be adopted in light of the substantive conditions provided in the Ontario and Quebec statutes, since, according to art. 6(4) of the *Civil Code*, the Court must apply cumulatively the laws of the domicile of the adopting party, the party adopted and the parents.

With regard to the laws of Quebec, ss. 15 and 16 of the *Adoption Act* were complied with. The notice was given to the Minister and respondents took the child two days after its birth showing at that time that they wished to adopt it. The placing is therefore valid. Since neither parent in fact assumed care of the child, under para. 6(*a*) of the *Adoption Act* the consent of either of them sufficed, and this was given on November 1, 1978. In view of the existence and the validity of the consent on December 9, 1978, the adoption of the child was allowed at that date.

With regard to the laws of Ontario, although the consent of the female appellant which was given prior to the birth is not valid, in view of subs. 73(2) of *The Child Welfare Act*, the Ontario Court has the power under subss. 73(5) and (6) of the Act to grant an adoption in the interests of the child, despite the absence of consent by the mother. On December 9, 1978, therefore, adoption of the child was allowed by the laws of Ontario.

As the child was capable of being adopted, the Youth Court has exclusive jurisdiction to rule on the custody of the child and, in due course, on its adoption keeping in mind the laws of Quebec and Ontario.

Stevenson v. Florant, [1925] S.C.R. 532, affirmed by [1927] A.C. 211; *Marshall v. Fournelle*, [1927] S.C.R. 48, affirming (1926), 40 Q.B. 391; *Kivenko v. Yagod*, [1928] S.C.R. 421, affirming (1928), 44 Q.B. 330; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; *Cheyne v. Cheyne*, [1977] C.A. 319, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec[1], affirming the judgment of the Superior Court quashing a writ of *habeas corpus*. Appeal dismissed.

Pierre Fournier and *David McAusland*, for the appellants.

Pierre Tessier and *Marie St-Pierre*, for the respondents.

[1] [1980] C.A. 355.

suivante: «Les intimés étaient-ils justifiés en regard de la loi de refuser de remettre l'enfant aux appelants?»

Cette affaire soulève une question de droit international privé. Il faut que l'enfant en soit un dont l'adoption est permise en regard des conditions de fond prévues aux lois ontariennes et québécoises puisque vu l'art. 6(4) du *Code civil*, on doit appliquer cumulativement les lois du domicile de l'adoptant, de l'adopté et des parents.

Pour ce qui est des lois du Québec, les art. 15 et 16 de la *Loi sur l'adoption* ont été respectés. L'avis au ministre avait été donné et les intimés ont pris l'enfant deux jours après sa naissance exprimant ainsi leur désir de l'adopter. Le placement est donc valide. Puisqu'aucun parent n'avait assumé de fait les soins de l'enfant, il suffisait selon l'al. 6*a*) de la *Loi sur l'adoption* que l'un d'eux ait donné son consentement, ce qu'ils avaient fait dès le 1er novembre 1978. Vu l'existence et la validité du consentement le 9 décembre 1978, l'adoption de l'enfant était permise à cette date.

Pour ce qui est des lois de l'Ontario, même si le consentement de l'appelante qui a été donné avant la naissance n'est pas valide vu le par. 73(2) de *The Child Welfare Act*, le tribunal ontarien a le pouvoir selon les par. 73(5) et (6) de la Loi de prononcer l'adoption dans l'intérêt de l'enfant, nonobstant l'absence de consentement de la mère. En date du 9 décembre 1978, l'adoption de l'enfant était donc permise par les lois de l'Ontario.

Comme l'enfant est en situation de placement, il appartient au Tribunal de la jeunesse de se prononcer sur la garde de l'enfant et éventuellement sur son adoption compte tenu des lois du Québec et de l'Ontario.

Jurisprudence: *Stevenson c. Florant*, [1925] R.C.S. 532, confirmé par [1927] A.C. 211; *Marshall c. Fournelle*, [1927] R.C.S. 48, confirmant (1926), 40 B.R. 391; *Kivenko c. Yagod*, [1928] R.C.S. 421, confirmant (1928), 44 B.R. 330; *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Cheyne c. Cheyne*, [1977] C.A. 319.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure annulant un bref d'*habeas corpus*. Pourvoi rejeté.

Pierre Fournier et *David McAusland*, pour les appelants.

Pierre Tessier et *Marie St-Pierre*, pour les intimés.

[1] [1980] C.A. 355.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—This appeal is from a decision of the Court of Appeal of Quebec, which upheld the judgment of a judge of the Superior Court for the Judicial District of Terrebonne, quashing a writ of *habeas corpus*. Appellants obtained the writ against respondents on the basis of the following facts (these facts are submitted to this Court by consent of the parties, and are those which were submitted to the Court of Appeal):

[TRANSLATION] During the summer of 1978, the female appellant, a resident of Ontario, learned that she was pregnant and told the male appellant, the father, who was also a resident of Ontario.

She did not inform her parents at that time. She went to see Dr. Thériault, her family doctor, in Hawkesbury, and he examined her and confirmed her condition. Appellants discussed the future of their child and their own future.

Dr. Thériault told them that he knew of a couple who might be interested in adopting a child.

At Dr. Thériault's suggestion, appellants considered the adoption, discussed it between themselves and concluded that it was best if the child was given to a family for adoption.

Respondents were the couple mentioned by Dr. Thériault. At a subsequent meeting Dr. Thériault introduced them to appellants, and the four of them discussed the matter.

In the end, on November 1, 1978, appellants each signed a document which on its face was a consent to their unborn child being adopted by respondents (Exhibits I-1 and I-2). These documents were signed in Ontario.

The said minor child was born on December 7, 1978 at the General Hospital in Hawkesbury, Ontario. Two days after her birth, the child was released from the hospital by Dr. Thériault in care of the respondents, who took it to their home at Grenville, Quebec; the normal procedure of the hospital, according to testimony from a member of its board of directors, was to have the mother sign a consent to the child being given into the care of someone other than the mother, but this was not done.

Appellants never saw their child.

The female appellant stated that, after the birth, she still wanted to have her child with her, and that this

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Le pourvoi attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec qui maintient le jugement d'un juge de la Cour supérieure du district judiciaire de Terrebonne annulant un bref d'*habeas corpus*. L'émission du bref avait été obtenue par les appelants contre les intimés suite aux faits suivants (ces faits nous sont soumis du consentement des parties, et sont ceux qui avaient été soumis à la Cour d'appel):

Pendant l'été de l'année 1978, l'appelante, une résidente de l'Ontario, a appris qu'elle était enceinte et elle en a avisé l'appelant, le père, également un résident de l'Ontario.

Elle n'a pas alors confié ce fait à ses parents. Elle est allée voir le D[r] Thériault, son médecin de famille, à Hawkesbury, qui l'a examinée et a confirmé son état. Les appelants ont discuté de l'avenir de l'enfant ainsi que de leur propre avenir.

Le D[r] Thériault les a mis au courant du fait qu'il connaissait un couple qui serait intéressé à adopter un enfant.

A la suggestion du D[r] Thériault, les appelants ont songé à l'adoption, en ont discuté entre eux et ont conclu que c'était mieux pour l'enfant qu'il soit confié à une famille adoptive.

Le couple dont leur avait parlé le D[r] Thériault était les intimés. Lors d'une rencontre subséquente, le D[r] Thériault leur a présenté les appelants, et les quatre ont discuté entre eux.

Éventuellement, le 1[er] novembre 1978, les appelants ont chacun signé un écrit qui à sa face était un consentement à ce que leur enfant à naître soit adoptée par les intimés (pièce I-1 et I-2). Ces documents ont été signés en Ontario.

Ladite enfant mineure est née le 7 décembre 1978 à l'Hôpital Général de Hawkesbury, Ontario. Deux jours après la naissance, cette enfant a reçu son congé de l'hôpital, par le D[r] Thériault, au soin des intimés qui l'ont amenée chez eux, à Grenville, Québec; la procédure normale de l'hôpital selon le témoignage d'un membre de son conseil d'administration alors était de faire signer un consentement à la mère à ce que l'enfant soit confiée à une personne autre que la mère, ce qui n'a pas été fait.

Les appelants n'ont jamais vu leur enfant.

L'appelante déclare, qu'après la naissance, elle a toujours voulu avoir son enfant avec elle, et que ce senti-

feeling increased with time, but she, the male appellant and her mother were the only ones who knew of this and they did not know what to do.

Finally, after four months, the female appellant asked one of her sisters with whom she was living for help, and appellants subsequently contacted a lawyer in Ontario.

Late in April 1979, respondents learned that appellants were asking for their child to be returned, but this request was refused. On May 30, 1979 respondents filed a motion for adoption in the Youth Court for the District of Terrebonne.

At the hearing, the Court was told that an application for custody of the child was submitted by appellants to the Youth Court, and that this was still pending. Respondents persist in refusing to give up the child.

The Superior Court judge and a majority of the judges on the Court of Appeal held that a decision on custody of this child was a matter for the Youth Court, not the Superior Court.

In my view they are correct.

It is important at the outset to define the limits of the discussion. The Superior Court judge had not to decide the child's adoption nor, as will be seen, its custody. It should also be noted that the Superior Court was not exercising a power of supervision and control over the Youth Court by means of evocation, as a result of the Youth Court usurping jurisdiction over a child who was not within its jurisdiction, or by its subjecting the child's fate to statutes which allegedly did not apply to it, and thereby assuming a jurisdiction with which it was not vested. The Superior Court judge had before him a writ of *habeas corpus*, which had been issued and was subsequently brought before him in accordance, *inter alia*, with the following sections of the *Code of Civil Procedure*:

851. Any person who is confined or otherwise restrained of his liberty, except under an order in civil matters granted by a court or a judge having jurisdiction, or for some criminal or supposed criminal matter, or any other person on his behalf, may apply to a judge of the Superior Court to obtain a writ of habeas corpus

ment s'est agrandi avec le temps, mais elle était seule à le savoir avec l'appelant et sa mère et qu'ils ne savaient pas quoi faire.

Finalement, au bout de quatre mois, l'appelante a demandé l'assistance d'une de ses sœurs chez qui elle demeurait et, par la suite, les appelants ont contacté un avocat de l'Ontario . . .

Vers la fin d'avril 1979, les intimés ont appris que les appelants demandaient le retour de leur enfant mais cette demande a été refusée. Le 30 mai 1979, les intimés ont institué une requête en adoption devant le Tribunal de la Jeunesse du district de Terrebonne.

A l'audience on apprenait qu'une requête pour garde de l'enfant a été présentée par les appelants au Tribunal de la jeunesse et que celle-ci était toujours pendante. Les intimés refusent toujours de remettre l'enfant.

Le juge de la Cour supérieure ainsi que la majorité des juges en Cour d'appel ont décidé qu'il appartient non pas à la Cour supérieure mais au Tribunal de la jeunesse de statuer sur la question de la garde de l'enfant.

Je suis d'avis qu'ils ont raison.

Il importe dès maintenant de souligner les limites de la question. Le juge de la Cour supérieure n'avait pas à décider de l'adoption de l'enfant, ni non plus, comme on le verra, de la garde de cette enfant. Il faut aussi noter que la Cour supérieure n'exerçait point un pouvoir de surveillance et de contrôle à l'endroit du Tribunal de la jeunesse par voie d'évocation suite à l'usurpation par le Tribunal de la jeunesse d'une compétence sur un enfant qui ne serait pas de son ressort ou suite à l'assujettissement du sort d'un enfant à des lois qui ne s'appliqueraient pas à lui, et dont il résulterait que ce tribunal s'arrogerait une compétence qu'il n'avait pas. Le juge de la Cour supérieure était saisi d'un bref d'*habeas corpus* qui avait été émis et subséquemment rapporté devant lui par l'application entre autres des articles suivants du *Code de procédure civile:*

851. Toute personne qui est emprisonnée ou autrement privée de sa liberté, si ce n'est pas en vertu d'une ordonnance rendue en matière civile par un tribunal ou par un juge compétent, ni pour une matière criminelle ou supposée telle, peut, de même qu'un tiers pour elle, s'adresser à un juge de la Cour supérieure pour obtenir

ordering the person under whose custody he is detained to bring him forthwith before a judge of the court and to show the cause of his detention, so that it may be decided whether such detention is justified.

The demand is made by motion supported by an affidavit affirming the truth of the facts on which it is based. 1965 (1st Sess.), c. 80, s. 851.

855. The judge before whom the return is made must proceed, as soon as possible, to examine into the truth of the facts alleged. He may allow the allegations of the return to be contested in writing, authorize such written proceedings as he considers appropriate, and proceed himself to the trial of the issues or refer the case to the court. He may also admit to bail the person confined, upon security being given that he will appear at the trial and will obey the orders which may be given to him. 1965 (1st Sess.), c. 80, s. 855.

The procedure chosen by appellants, when applied to a dispute surrounding a child's custody (see *Stevenson v. Florant*[2], at pp. 538 *et seq*; *Marshall v. Fournelle*[3]; *Kivenko v. Yagod*[4]; *Dugal v. Lefebvre*[5]; *Cheyne v. Cheyne*[6]) and given the circumstances peculiar to the case at bar, required and limited the Superior Court judge to deciding the following question:

Were respondents justified under the law in refusing to return the child to appellants?

Article 245 of the *Civil Code* provides:

Art. 245. The person having parental authority may delegate the custody, education and supervision of the child. Such delegation may be revoked at any time.

At the time the writ came before the Superior Court judge for consideration it was clear that, even assuming that the two natural parents had validly consented to delegating custody of their child to respondents, they no longer consented to do so; it was thus necessary for respondents to call in aid the application of some statute other than the *Civil Code* to justify their persistence in refusing.

They in fact relied on the Quebec *Adoption Act*, R.S.Q. 1977, c. A-7, as their justification, and as a basis for arguing, *inter alia*, that the jurisdiction to

[2] [1925] S.C.R. 532, aff. by [1927] A.C. 211.
[3] [1927] S.C.R. 48, aff. (1926), 40 Q.B. 391.
[4] [1928] S.C.R. 421, aff. (1928), 44 Q.B. 330.
[5] [1934] S.C.R. 501.
[6] [1977] C.A. 319.

un bref d'habeas corpus ordonnant à celui sous la garde de qui elle est détenue de la conduire sans délai devant un juge de la Cour et de lui rapporter la cause de la détention, pour qu'il voie si elle est justifiée.

La demande est faite par requête appuyée d'un affidavit établissant la vérité des faits sur lesquels elle est fondée. 1965 (1re sess.), c. 80, a. 851.

855. Le juge devant qui le rapport est fait doit s'enquérir, aussitôt que faire se peut, de la vérité des faits allégués. Il peut permettre de contester par écrit les allégations du rapport, autoriser les actes de procédure qu'il juge à propos, et procéder lui-même à l'instruction ou déférer la cause au tribunal. Il peut aussi permettre la libération provisoire de la personne détenue, moyennant un cautionnement à l'effet qu'elle se présentera à l'instruction et obéira aux ordres qui pourraient lui être donnés. 1965 (1re sess.), c. 80, a. 855.

La procédure choisie par les appelants, adaptée à la situation qui découle d'un litige ayant trait à la garde d'un enfant (Voir *Stevenson c. Florant*[2], aux pp. 538 et suiv.; *Marshall c. Fournelle*[3]; *Kivenko c. Yagod*[4]; *Dugal c. Lefebvre*[5]; *Cheyne c. Cheyne*[6]) et eu égard aux circonstances propres à la présente cause, invitait et limitait le juge de la Cour supérieure à statuer sur la question suivante:

Les intimés étaient-ils justifiés en regard de la loi de refuser de remettre l'enfant aux appelants?

L'article 245 du *Code civil* édicte:

Art. 245. Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, l'éducation ou la surveillance de l'enfant. Cette délégation est révocable en tout temps.

Au moment où le juge de la Cour supérieure fut appelé à se prononcer sur le bref, il était clair que les deux parents naturels, s'ils avaient consenti validement à déléguer la garde de leur enfant aux intimés, n'y consentaient plus; aussi incombait-il aux intimés de faire valoir l'opération d'une loi autre que le *Code civil* justifiant néanmoins leur refus.

Effectivement, ils ont invoqué la *Loi sur l'adoption* du Québec, L.R.Q. 1977, chap. A-7, pour se justifier et pour plaider, entre autres moyens, que

[2] [1925] R.C.S. 532; confirmé par [1927] A.C. 211.
[3] [1927] R.C.S. 48, confirmant (1926), 40 B.R. 391.
[4] [1928] R.C.S. 421, confirmant (1928), 44 B.R. 330.
[5] [1934] R.C.S. 501.
[6] [1977] C.A. 319.

decide the child's future as to custody as well as to adoption lay exclusively with the Youth Court. In my view they were correct, and I consider that this conclusion is supported by the application of certain provisions of the Quebec *Adoption Act*, including firstly one paragraph of s. 17:

17. From the date on which a child is placed for adoption in accordance with this Division, his father, mother, ascendants or tutor shall not obtain the custody of the child without the authorization of the court.

. . .

The court referred to in s. 17 is defined in s. 1(*b*) of the Act as the Social Welfare Court, now the Youth Court. (The constitutionality of s. 17 of this Act was not disputed.)

A child is placed for adoption when, in addition to certain conditions which are not at issue here, there is compliance with those set out in s. 16 of this Act (as that section read at the time the child was placed)*:

16. A child whose adoption is permitted under this act may be placed for adoption by a person other than a recognized adoption society, provided that notice thereof is given to the Minister.

Nevertheless, failure to give such notice shall not prevent the court from granting the adoption later, provided that a written report by a recognized adoption society establishes to the satisfaction of the court that no serious disadvantage has resulted therefrom.

The child must therefore be one whom the Quebec *Adoption Act* allows to be adopted; and there must be a notice to the Minister of Social Affairs, R.S.Q. 1977, c. A-7, s. 1(*d*). The effects of such a placing must therefore be looked at more closely.

In general, the law imposes on the father and mother of a "natural" child a duty to maintain and bring up the child (art. 240 *C.C.*). They exercise parental authority. The law allows them to delegate the "custody, education and supervision" of

* It should be added that the law governing the placing of children for adoption by persons other than an adoption society has, since the events of the case at bar, been amended by 1979 (Qué.), c. 17.

la compétence de statuer sur le sort de l'enfant, tant sa garde que son adoption, appartenait exclusivement au Tribunal de la jeunesse. J'estime qu'ils ont raison et cette conclusion se justifie à mon avis par la mise en œuvre de certaines dispositions de la *Loi sur l'adoption* du Québec, dont en premier lieu un paragraphe de l'art. 17:

17. A compter de la date à laquelle un enfant est placé en vue de son adoption conformément à la présente section, son père, sa mère, ses ascendants ni son tuteur ne peuvent en obtenir la garde sans l'autorisation du tribunal.

. . .

Le tribunal dont parle l'art. 17 est défini à l'al. 1*b*) de la Loi comme étant la Cour de bien-être social, aujourd'hui le Tribunal de la jeunesse. (La constitutionnalité de l'art. 17 de cette loi n'a pas été contestée.)

Or, un enfant est placé en vue de son adoption lorsqu'ont été satisfaites, outre certaines conditions qui ne sont point ici en litige, celles prévues à l'art. 16 de cette loi (tel qu'il se lisait à l'époque du placement de l'enfant)*:

16. Un enfant dont l'adoption est permise par la présente loi peut être placé en vue de son adoption, par une personne autre qu'une société d'adoption reconnue, pourvu qu'avis en soit donné au ministre.

Toutefois, l'absence d'un tel avis n'empêche pas le tribunal de prononcer ultérieurement l'adoption pourvu qu'un rapport écrit d'une société d'odoption reconnue établisse, à la satisfaction du tribunal, qu'aucun inconvénient sérieux n'en est résulté.

Comme on le voit, il faut que l'enfant en soit un que la *Loi sur l'adoption* du Québec permette d'adopter; il faut aussi un avis au ministre des affaires sociales, L.R.Q. 1977, chap. A-7, al. 1*d*). Il importe d'examiner de plus près les effets d'un tel placement.

De façon générale la loi impose aux père et mère d'un enfant, dit naturel, l'obligation de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever (art. 240 *C.c.*). Ils sont les détenteurs de l'autorité parentale. La loi leur permet par ailleurs de déléguer «la garde, l'éduca-

* Il importe d'ajouter que la loi qui régit les placements d'enfants pour fins d'adoption par des personnes autres qu'une société d'adoption a depuis les événements du cas qui nous occupe été modifiée par 1979 (Qué.), chap. 17.

their child, but confers on them a right to revoke this delegation at any time. In my opinion, unless a statute other than the *Civil Code* applies, respondents would have no choice but to comply with appellants' request and return the child to its parents, and it would be for the Superior Court to so order under the circumstances. But as a result of the placing, if that placing is valid under the applicable statute, such is no longer the case.

Indeed, the placing has a variety of consequences. The first of these is a transfer to other persons of the chief attributes of parental authority, and, so far as the child is concerned of filiation; in this respect the effects of the placing do not differ from a delegation contemplated by art. 245 of the *Civil Code*.

The second consequence is that as a result of s. 17 of the *Adoption Act*, the placing confers jurisdiction to the Youth Court, so that henceforth it is this Court, and no longer the Superior Court, that one must go to for the enforcement of rights pertaining to the custody of the child. Furthermore, if, as in the case at bar, the placing is the result of a consent by the parents, it has the effect—and this is its most important consequence—of depriving the parents of their right to terminate at any time, as provided in the *Civil Code*, the delegation made by them of their parental authority, and transfers that right to the Youth Court. Whereas the Superior Court in a matter involving a simple delegation would merely rule on the existence of a revocation, and enforce it if it was proven to exist, the Youth Court is given by the legislator a right not to enforce the revocation and to leave the child with the persons with whom it has been placed.

The placing accordingly has the effect not only of transferring to other persons the chief attributes of parental authority, but also of thereafter transferring to the Youth Court, for all practical purposes, the right to revoke the delegation.

As a result the placing alters the inter-relationships of parents, persons adopting and of course of the children themselves such that the placing affects the status of each of them. Paragraph 4 of art. 6 of the *Civil Code* provides:

tion ou la surveillance» de leur enfant, mais leur reconnaît le pouvoir de révoquer en tout temps cette délégation. Je suis d'avis que, sans l'opération d'une loi autre que le *Code civil*, les intimés n'auraient qu'à obtempérer à la demande des appelants et remettre l'enfant à ses parents et qu'il appartiendrait à la Cour supérieure de l'ordonner. Par l'effet du placement, s'il est valide en regard de la loi applicable, il n'en est plus ainsi.

En effet, les conséquences du placement sont multiples. Il en résulte en premier lieu un transfert à d'autres des principaux attributs de l'autorité parentale et, quant à l'enfant, de la filiation; en cela le placement ne diffère point par ses effets d'une délégation prévue à l'art. 245 du *Code civil*.

Par l'effet de l'art. 17 de la *Loi sur l'adoption*, le placement est attributif, et c'est sa deuxième conséquence, de compétence au Tribunal de la jeunesse, si bien que c'est désormais à ce tribunal, et non plus à la Cour supérieure, qu'il faut s'adresser pour faire valoir ses droits en regard de la garde de l'enfant. De plus, si, comme en l'espèce, le placement résulte du consentement des parents, il aura pour effet et c'est sa conséquence la plus importante, de dépouiller, au profit du Tribunal de la jeunesse, les parents de leur droit de mettre fin comme le leur reconnaissait «en tout temps» le *Code civil*, à la délégation qu'ils ont faite de leurs attributs parentaux. En effet, tandis que la Cour supérieure face à une simple délégation se limiterait à statuer sur l'existence d'une révocation et, le cas échéant, à y donner effet, le Tribunal de la jeunesse s'est vu conférer par le législateur le droit de ne point donner effet à la révocation et de laisser l'enfant avec ceux chez qui il a été placé.

Le placement a donc eu l'effet non seulement de transférer à d'autres les principaux attributs parentaux mais aussi de transférer par après au Tribunal de la jeunesse, à toutes fins pratiques, le droit de révoquer la délégation.

Il en résulte des modifications telles dans les rapports des parents, des adoptants et, bien sûr de l'enfant lui-même, les uns par rapport aux autres, que le placement affecte l'état de chacun de ceux-ci. Au paragraphe 4 de l'art. 6 du *Code civil* il est dit:

An inhabitant of Lower Canada, so long as he retains his domicile therein, is governed, even when absent, by its laws respecting the status and capacity of persons; but these laws do not apply to persons domiciled out of Lower Canada, who, as to their status and capacity, remain subject to the laws of their country.

Applying this article to the case at bar, the determination of the question whether a child is one who may be adopted must therefore be made as regards to the laws of the domicile. This leads to a problem which is not resolved by the Code: whose law of domicile applies?—that of the child, that of its parents, or that of the persons seeking to adopt it and to whom the parents have given it?

In the opinion of Mr. Albert Mayrand (now a judge of the Court of Appeal of Quebec, while he was a professor in the Faculty of Law of the University of Montreal, in a study titled "Adoption et successibilité" (1959) 19 *R. du B.* 409, at p. 464,) in adoption matters, conflicts of law as to the substantive conditions of the adoption must be resolved by the cumulative application of the law of the adopting party and that of the party adopted, as follows:

[TRANSLATION] The Court may in fact grant the adoption only if the law of the adopting party and that of the party adopted are both observed. As Battifol points out, it is not a matter of applying to each party his own personal law; rather, there must be a cumulative application of all the substantive conditions of both laws. It thus becomes much more difficult to obtain an adoption; on the other hand, there is the advantage that an adoption infringing the law of the party adopted or that of the adopting party will not be granted. This solution is followed by the majority of French writers, who can cite some decisions to this effect.

In accordance with this solution to the extent that the case is a contested one (but without in so doing making any ruling here as to other cases), I would consider however that if the parents come forward and contest the adoption, the laws of their domicile, if their domicile is different from that of the child, must be added to the cumulation.

In the case at bar, the Court must examine whether the child is one who may be adopted in

L'habitant du Bas Canada, tant qu'il y conserve son domicile, est régi, même lorsqu'il en est absent, par les lois qui règlent l'état et la capacité des personnes; mais elles ne s'appliquent pas à celui qui n'y est pas domicilié, lequel y reste soumis à la loi de son pays quant à son état et à sa capacité.

Appliquant cet article en l'espèce, il s'agit donc de soumettre à la loi du domicile la condition de fond du placement, savoir, déterminer s'il s'agit d'une enfant dont l'adoption est permise. Surgit alors un problème que ne résoud point le Code: la loi du domicile de qui s'applique? Celui de l'enfant, celui de ses parents ou celui de ceux qui veulent l'adopter et à qui les parents l'avaient confiée?

Monsieur Albert Mayrand, aujourd'hui juge à la Cour d'appel du Québec, opinait, alors qu'il était professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal, dans une étude intitulée «Adoption et successibilité» (1959) 19 R. du B. 409, à la p. 464, qu'en matière d'adoption les conflits de loi quant aux conditions de fond de l'adoption devaient être résolus par l'application cumulative de la loi de l'adoptant et de celle de l'adopté, dans les termes suivants:

Le tribunal peut en effet n'accorder l'adoption que si la loi de l'adoptant et celle de l'adopté sont toutes deux observées. Il ne s'agit pas, comme le dit Battifol, de l'application à chacune des parties de sa propre loi personnelle; il faut plutôt appliquer cumulativement toutes les conditions de fond des deux lois. Il devient alors plus difficile d'obtenir une adoption; par contre, il y a l'avantage de ne pas prononcer une adoption qui viole la loi de l'adopté ou celle de l'adoptant. Cette solution est celle de la majorité des auteurs français qui peuvent citer quelques décisions à cet effet.

D'accord avec cette approche dans la mesure où il s'agit d'un cas contesté (mais sans pour autant en décider ici quant aux autres cas), j'estime par ailleurs que, si les parents se manifestent et contestent la susceptibilité d'adoption de leur enfant, la loi de leur domicile en la matière se doit d'être incluse au cumul comme venant de leur chef quand bien même s'y trouverait-elle déjà du chef de leur enfant.

En l'espèce, il faudra examiner la question de savoir si l'enfant en est une qui peut être adoptée

light of the substantive conditions provided both in the Ontario and Quebec statutes. If it is, that is if the substantive condition necessary for the existence of a placing situation has been met, it will then be necessary to verify the validity of the formal condition of that placing, which is the notice to the Minister, but only with respect to Quebec law.

THE CHILD IS ONE WHO MAY BE ADOPTED UNDER QUEBEC LAW.

The case before the Court is covered by s. 6(*a*) of the *Adoption Act*:

6. A natural child who is a minor may be adopted only in the following cases:

(*a*) with the consent of the father and mother if they both actually assume the care, maintenance or education of the child; otherwise with the consent of that parent who actually assumes his care, maintenance or education, or with the consent of either in other cases;

. . .

Care must be taken not to confuse consent for adoption purposes, which is necessary if the adoption is to be effectively granted, with that which is required for a placing. The consent to adoption is of course in either case subject to the same conditions of validity, but with the distinction that validity of the consent to a placing must, when it is necessary, as in the case at bar, to determine the competent court and because the placing itself confers jurisdiction, be examined at the time when the other conditions, on which the validity of the placing is dependent, have been met.

These other conditions are: the notice provided for in s. 16, referred to earlier, and those in s. 15:

15. No child shall be placed for adoption except with a person who wishes to adopt him and who may adopt him under this Act.

As noted above, there is no question as to respondents' wish to adopt the child or the fact that they are capable of adopting under the Act.

en regard des conditions de fond prévues aux lois ontariennes et québecoises. Si oui, la condition de fond nécessaire à l'existence d'une situation de placement ayant été satisfaite, il y aura dès lors lieu de vérifier la validité de la condition de forme de ce placement, l'avis au ministre, mais en regard des lois du Québec seulement.

IL S'AGIT D'UNE ENFANT DONT L'ADOPTION EST PERMISE PAR LES LOIS DU QUÉBEC

Le cas qui nous occupe est régi par l'al. *a*) de l'art. 6 de la *Loi sur l'adoption*:

6. L'enfant mineur naturel ne peut être adopté que dans les cas suivants:

a) avec le consentement du père et de la mère si les deux en assument de fait le soin, l'entretien ou l'éducation; sinon, avec le consentement de celui qui, de son père ou de sa mère, en assume de fait le soin, l'entretien ou l'éducation, ou avec le consentement de l'un ou l'autre dans les autres cas;

. . .

Il faut prendre garde de ne point confondre le consentement à l'adoption requis pour que l'adoption puisse effectivement être prononcée avec celui requis pour qu'il y ait un placement. Il s'agit, bien entendu, dans l'un comme dans l'autre cas d'un consentement à l'adoption soumis aux mêmes conditions de validité, à la différence par contre que la validité du consentement en regard du placement doit, lorsqu'il s'agit comme en l'espèce de déterminer le tribunal compétent, et parce que le placement est lui-même attributif de compétence, être examinée à la date où les autres conditions de validité du placement ont été satisfaites.

Ces autres conditions sont: l'avis, prévu à l'article 16 dont nous avons parlé précédemment, et celles de l'art. 15:

15. Un enfant ne peut être placé en vue de son adoption qu'auprès d'une personne qui désire l'adopter, et qui peut l'adopter en vertu de la présente loi.

Comme nous l'avons dit plus tôt, le désir des intimés d'adopter l'enfant n'est pas en litige ni non plus le fait qu'ils sont en regard de la loi capables d'adopter.

A notice was in fact given to the Minister on November 9, 1978 by W. M. C. Steeves, respondents' counsel.

[TRANSLATION] November 9, 1978

REGISTERED MAIL

Minister of Family and
Social Welfare
Parliament Buildings
Government of Quebec
Quebec City, Quebec

Dear Sir:

RE: JOSEPH & DIANE GALIPEAU
ADOPTION ACT
1969 c. 64 s. 16
MY FILE: 7528

On November 1, 1978, Mr. Michel Paquette of Vankleek Hill, Ontario and Miss Madeline Brabant of Vankleek Hill, Ontario gave written permission to Mr. and Mrs. Joseph Galipeau of R.R. #1, Grenville, Quebec to adopt their child.

This notice is given to you pursuant to s. 16 of the *Adoption Act*.

Yours truly,

W. M. C. STEEVES

WMCS/sw
cc: Mr. and Mrs. J. Galipeau

Though it was given before the child was born, this notice appears to me to meet the requirements of the law. Indeed, the validity of that notice depended on the occurrence of two events, namely the birth of the child and its coming to respondents' home in Quebec. The first of these two events took place on December 7, 1978 and the other two days later, on December 9. Accordingly, the date on which the notice took effect is the date when there had to be a valid consent to the adoption in order for there to be a placing, namely on December 9, 1978. If this consent was valid on December 9, 1978, the Youth Court has since then exclusive jurisdiction to rule on the effect, if any, to be given to the subsequent withdrawal of the consent by the parents, and to make a decision as to custody; otherwise, it was for the Superior Court to make that determination when hearing the writ on the merits.

Un avis a effectivement été donné au ministre en date du 9 novembre 1978 par W. M. C. Steeves, l'avocat des intimés.

Le 9 novembre 1978.

ENREGISTRE

Ministre de la famille et
du bien-être social,
Hôtel du Gouvernement,
Gouvernement du Québec,
Québec, P.Q.

Monsieur,

RE: JOSEPH & DIANE GALIPEAU
LOI DE L'ADOPTION
1969 c. 64 art. 16
MON DOSSIER: 7528

Le 1 novembre 1978, M. Michel Paquette de Vankleek Hill, Ontario, et M^lle^ Madeline Brabant de Vankleek Hill, Ontario, ont, par écrit, donné la permission à M. et M^me^ Joseph Galipeau de R. R. # 1, Grenville, Québec, d'adopter leur enfant.

Je vous donne cet avis suivant l'article 16 de la loi d'adoption.

Bien à vous,

W. M. C. Steeves

WMCS/sw
cc: M. et M^me^ J. Galipeau

Quoique donné avant la naissance de l'enfant cet avis me semble rencontrer les exigences de la loi. En effet la validité de cet avis dépendait de la réalisation de deux événements, soit la naissance de l'enfant et son arrivée en territoire québécois chez les intimés. Le premier de ces deux événements se produisait le 7 décembre 1978 et l'autre deux jours plus tard, soit le 9 décembre. C'est donc à la date où prenait effet l'avis qu'il fallait qu'il y ait consentement valide à l'adoption pour qu'il y ait placement, soit, le 9 décembre 1978. Si ce consentement était valide le 9 décembre 1978 il appartient depuis cette date au Tribunal de la jeunesse de statuer sur l'effet à donner, s'il en est, au retrait subséquent du consentement des parents et de statuer quant à la garde; au cas contraire, cette question relevait toujours de la Cour supérieure lors du bref au fond.

In short, having regard to the laws of Quebec, the question for the Superior Court judge came down to the following:

> Was the consent given valid on December 9, 1978?

As at that date neither of the parents had in fact assumed the care of their child, under s. 6(*a*) of the Act the consent of either of them sufficed.

Indeed on November 1, 1978, Madeleine Brabant signed the following document in Ontario:

Exhibit I-1

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF TERREBONNE

In the matter of
the Adoption of a
child to be born
to Madeline
Brabant and Michel
Paquette.

I, Madeline Brabant, of Main Street, Vankleek Hill, in the Province of Ontario, Mother of a child to be born on or about November 15th, 1978 in the Town of Hawkesbury in the Province of Ontario, do by these presents place the child in the custody of Joseph Antoine Yvon Maurice Galipeau and Marie Lucienne Helene Diane Deslauriers, his wife, both of R.R. No. 1, Grenville, Province of Quebec.

AND I DO AUTHORIZE and consent to the adoption of the child by the said Joseph Antoine Yvon Maurice Galipeau and Marie Lucienne Helene Diane Deslauriers Galipeau.

I understand that an Order for Aoption [sic] will deprive me of my parental rights and further that the child shall take the surname of his adopting parents.

Signed at Hawkesbury, Ontario on the 1st day of November 1978

(signed)
Madeline Brabant

in the presence of
(David Shelly)
Witness

Michel Paquette signed an identical document on the same date. It appears from the evidence presented in the Superior Court as a whole that

En somme, en regard des lois du Québec, la question pour le juge de la Cour supérieure se résumait à la suivante:

> Le consentement donné était-il valide en date du 9 décembre 1978?

Comme à cette date aucun des parents n'avait assumé de fait le soin de leur enfant, il suffisait, en vertu de l'al. 6*a*) de la Loi, du consentement de l'un d'eux.

Le 1er novembre 1978 Madeleine Brabant signait en Ontario le document suivant:

[TRADUCTION]

Pièce I-1

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE TERREBONNE

Dans l'affaire de
l'adoption d'un
enfant à naître
à Madeleine
Brabant et Michel
Paquette.

Je, soussignée, Madeline Brabant, de la rue Main, Vankleek Hill, province d'Ontario, qui deviendrai mère d'un enfant le 15 novembre 1978, ou vers cette date, dans la ville de Hawkesbury, province d'Ontario, confie la garde de l'enfant à Joseph Antoine Yvon Maurice Galipeau et Marie Lucienne Hélène Diane Deslauriers, son épouse, tous deux de R.R. nº 1, Grenville, province de Québec.

ET JE DONNE MON AUTORISATION et consentement à l'adoption de l'enfant par lesdits Joseph Antoine Yvon Maurice Galipeau et Marie Lucienne Hélène Diane Deslauriers Galipeau.

Je comprends qu'une ordonnance d'adoption me privera de mes droits parentaux et que l'enfant portera le nom de ses parents adoptifs.

Signé à Hawkesbury, (Ontario) le 1er novembre 1978

(signature)
Madeline Brabant

En présence de
(David Shelly)
témoin

A la même date Michel Paquette signait un document identique. De l'ensemble de la preuve faite en Cour supérieure, il ressort que la volonté

the parents' desire to recover and have custody of the child became apparent but well after December 9, 1978; at that date, they were still consenting to the placing of their child for adoption purposes.

Having regard to the laws of Quebec, in view of the existence and the validity of the consent on December 9, 1978, the child was at that date a child which could be adopted under the law.

THE CHILD CAN BE ADOPTED UNDER THE LAWS OF ONTARIO.

At first sight, in the absence of consent, appellants' child is not capable of being adopted under Ontario law.

It is clear, even with reference to the date of December 9, 1978, that the consent given by Madeleine Brabant is not valid.

This can be seen merely by reading s. 73(2) of *The Child Welfare Act* of Ontario (R.S.O. 1970, c. 64, s. 73, as am. by 1971 (Ont.), vol. 2, c. 98, s. 4(1) and 1975 (Ont.), c. 1, s. 3(1):

73. —(1) . . .

(2) An order for the adoption of a child under eighteen years of age who was born out of wedlock and who has not been married shall be made only with the written consent of the mother, given after the child was seven days old, and, where the child resides with and is maintained by the father, with the written consent of the father, but the mother or father may cancel such consent within twenty-one days after it was given by a document in writing to that effect.*

. . .

However, subss. 5 and 6 of this section give the Ontario court the power to grant an adoption in the interests of the child, despite the absence of consent by the mother:

(5) Where a consent required by this section has not been given, the court upon application by the applicant for the adoption may dispense with the requirement if, having regard to all the circumstances of the case, the

* There is no need to consider the validity of the consent of Michel Paquette, since the child never resided with him and was not maintained by him.

des parents de reprendre et garder l'enfant n'est apparue et ne s'est manifestée que bien après le 9 décembre 1978; aussi consentaient-ils toujours à cette date au placement pour fins d'adoption de leur enfant.

En regard des lois du Québec, vu l'existence et la validité du consentement en date du 9 décembre 1978 l'enfant était à cette date une enfant dont l'adoption était permise par la loi.

IL S'AGIT D'UNE ENFANT DONT L'ADOPTION EST PERMISE PAR LES LOIS DE L'ONTARIO.

A première vue, l'enfant des appelants n'est pas en regard de la loi ontarienne susceptible d'adoption, faute de consentement.

Il est clair, et ce même en se reportant à la date du 9 décembre 1978, que le consentement donné par Madeleine Brabant n'est point valide.

Il suffit pour s'en convaincre de lire le par. 2 de l'art. 73 de *The Child Welfare Act* de l'Ontario (R.S.O. 1970, chap. 64, art. 73, mod. par 1971 (Ont.), vol. 2, chap. 98, par. 4(1) et 1975 (Ont.), chap. 1, art. 31):

[TRADUCTION] 73.—(1) . . .

(2) Aucune ordonnance portant adoption d'un enfant de moins de dix-huit ans, né hors mariage, qui n'a pas été marié, ne doit être rendue sans le consentement écrit de la mère, donné lorsque l'enfant est âgé d'au moins sept jours, et, si l'enfant réside avec le père et est une personne à la charge du père, sans le consentement écrit du père, mais la mère ou le père peut révoquer ce consentement dans les vingt et un jours qui suivent par déclaration écrite à cet effet.*

. . .

Par contre les par. 5 et 6 du même article donnent toujours au tribunal ontarien le pouvoir de prononcer l'adoption dans l'intérêt de l'enfant nonobstant l'absence de consentement de la mère:

[TRADUCTION] (5) En l'absence du consentement requis par le présent article, le tribunal peut, sur demande du requérant en adoption, passer outre à cette exigence si, compte tenu de toutes les circonstances de

* Il n'y a pas lieu de s'interroger sur la validité du consentement de Michel Paquette puisque l'enfant n'a jamais résidé avec lui ni été entretenue par lui.

court is satisfied that it is in the best interests of the child that the requirement be dispensed with.

(6) The court shall not dispense with a consent required under this section, except a consent required under subsection 4, until the court is satisfied that the person from whom the consent is required has had notice of the application to dispense with the consent, or that every reasonable effort has been made, in the opinion of the court, to cause such person to be notified.

On December 9, 1978, appellants' child was therefore one which could be adopted under Ontario law.

I have already dealt with the validity of the notice. As on December 9, 1978, having regard to the laws of both Ontario and Quebec, the child was capable of being adopted, the notice to the Minister had the effect of making it a child that was "placed for adoption". The Youth Court had thereon and still has exclusive jurisdiction to rule on the custody of the child and, in due course, on its adoption. When deciding those two matters, it will be for that Court to decide what effect, if any, is to be given to the withdrawal by the parents since that date of the consent to adoption which was validly given by them under the Quebec *Adoption Act*, and to the absence of valid consent to the adoption under the aforesaid Ontario law.

I would dismiss this appeal, and, as suggested by respondents, without costs.

Appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellants: Byers, Casgrain, McNally, Dingle, Benn and Lefebvre, Montreal.

Solicitors for the respondents: Blouin, Piché, Emery and Associates, Montreal.

l'affaire, il est convaincu que c'est dans le meilleur intérêt de l'enfant.

(6) Le tribunal ne doit pas passer outre au consentement exigé au présent article, sauf au consentement exigé au paragraphe 4, tant qu'il n'est pas convaincu que la personne dont le consentement est requis a reçu avis de la demande de passer outre au consentement, ou que tous les efforts raisonnables, de l'avis du tribunal, ont été faits pour aviser cette personne.

L'enfant des appelants était donc en date du 9 décembre 1978 une enfant dont l'adoption était permise par les lois de l'Ontario.

J'ai déjà traité de la validité de l'avis. L'enfant étant, en date du 9 décembre 1978, au regard des lois tant ontariennes que québécoises susceptible d'être adoptée, l'avis au ministre a eu l'effet d'en faire une enfant en situation de placement. Il appartient depuis cette date au Tribunal de la jeunesse de se prononcer sur la garde de l'enfant et, éventuellement, sur son adoption. En statuant sur ces deux requêtes il appartiendra à ce tribunal de se prononcer sur l'effet à donner, s'il y a lieu, au retrait depuis cette date du consentement qui avait été validement donné à l'adoption en regard de la *Loi sur l'adoption* du Québec, ainsi qu'à l'absence d'un consentement valide à l'adoption en regard de la loi ontarienne précitée.

Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi et ce, tel que suggéré par les intimés, sans frais.

Pourvoi rejeté sans dépens.

Procureurs des appelants: Byers, Casgrain, McNally, Dingle, Benn et Lefebvre, Montréal.

Procureurs des intimés: Blouin, Piché, Emery et associés, Montréal.

George Donald Munro and Susie Schroeder (*Defendants*) *Appellants*;

and

Patricia Pearl Gibb (*Plaintiff*) *Respondent.*

1980: December 3; 1981: January 27.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Estey, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Negligence — Motor vehicles — Respondent taxi driver struck while on duty by appellant's negligently-driven car during course of authorized test-drive by employee of garage repairing it — Respondent's action against the driver barred by legislation — Driver deemed to be agent or employee of car owner — Whether or not action against car owner similarly barred — Workers' Compensation Act, 1968 (B.C.), c. 59, s. 10(1), — Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, c. 253, s. 70(1).

The issue in this appeal was whether an owner of an automobile, who was by statute put into a master-servant relationship with a driver, was liable for personal injuries sustained by the driver of another car by reason of the negligence of the owner's driver when both drivers and the negligent driver's regular employee were under the *Workers' Compensation Act*. Gibb, a taxi driver, sustained personal injuries as a result of a collision with Schroeder's car which was being negligently test-driven by Munro, an employee of the garage repairing the car. On Gibb's suit for damages against the appellant Schroeder as well as against Munro, the issue arose for preliminary determination and both lower Courts held that, having regard to s. 70(1) of the *Motor-vehicle Act*, her action against the appellant was not precluded by s. 10(1) of the *Workers' Compensation Act* so as to remit her to compensation only.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 10(1) of the *Workers' Compensation Act* displaced in favour of compensation any rights and rights of action to which a worker would be entitled against that worker's employer or against any employer within the scope of the compensation provisions of the Act or against any worker in respect of personal injury. Appellant was neither Gibb's employer nor an employer under the relevant part of the Act. Section 70(1) of the *Motor-vehicle Act* deemed Munro to be an agent or

George Donald Munro et Susie Schroeder (*Défendeurs*) *Appelants*;

et

Patricia Pearl Gibb (*Demanderesse*) *Intimée.*

1980: 3 décembre; 1981: 27 janvier.

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

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

Néglicence — Véhicules automobiles — Chauffeur de taxi intimée heurtée durant son travail par la voiture de l'appelante conduite avec négligence pendant un essai par un employé de garage qui la réparait — Action de l'intimée contre le conducteur irrecevable en raison de la loi — Conducteur présumé un mandataire ou employé de la propriétaire de la voiture — Action contre la propriétaire de la voiture irrecevable ou non — Workers' Compensation Act, 1968 (B.C.), chap. 59, art. 10(1) — Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, chap. 253, art. 70(1).

Dans ce pourvoi, la question est de savoir si le propriétaire d'une automobile auquel la Loi impose un rapport de commettant à préposé avec le conducteur de son automobile, est responsable des blessures corporelles qu'un autre automobiliste a subies du fait de la négligence dudit conducteur si le conducteur et l'automobiliste ainsi que l'employeur ordinaire du conducteur négligent sont assujettis à la *Workers' Compensation Act*. Gibb, un chauffeur de taxi, a subi des blessures corporelles par suite d'une collision imputable à la conduite négligente de Munro, un employé du garage où la voiture de Schroeder avait été mise en réparation. Dans l'action en dommages-intérêts que Gibb a intentée contre l'appelante Schroeder et contre Munro, on a soulevé une question préliminaire et les deux cours d'instance inférieure ont décidé que, compte tenu du par. 70(1) de la *Motor-vehicle Act*, son action contre l'appelante n'était pas irrecevable en raison du par. 10(1) de la *Workers' Compensation Act*, ce qui ne lui aurait donné droit qu'à une indemnité.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 10(1) de la *Workers' Compensation Act* remplace par une indemnité tous les droits d'action pour blessures corporelles que peut avoir un travailleur contre son employeur, contre un employeur visé par les dispositions de la Loi relative à l'indemnisation ou contre un autre travailleur. L'appelante n'est pas l'employeur de Gibb, ni un employeur visé à la partie pertinente de la Loi. Le paragraphe 70(1) de la *Motor-vehicle Act* a pour effet d'établir la présomption que

servant of appellant Schroeder as owner of the car which Munro drove with her consent, and also deemed Munro to have been driving it in the course of his employment. Appellant, therefore, was in the position of an employer who came under vicarious liability for Munro's negligence but was clearly outside the terms of the *Workers' Compensation Act*. As a person clearly excluded from s. 10(1), appellant could not properly be included with a view to allowing her to escape liability through court action and to require the plaintiff to seek compensation instead.

Appellant could not avoid liability and fasten on the immunity of her deemed employee from Gibb's suit ostensibly because her liability was vicarious. The tort committed did not disappear and relief against it took various forms. As against the negligent Munro, it lay in compensation; as against the appellant, it lay in court action.

Co-Operators Insurance Association v. Kearney, [1965] S.C.R. 106; *Harrison v. Toronto Motor Car Limited and Krug*, [1945] O.R. 1, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia[1], dismissing the appellant's appeal from the judgment of the British Columbia Supreme Court not to preclude respondent's action. Appeal dismissed.

Terrence L. Robertson and *Bruce Laughton*, for the defendants, appellants.

R. C. Brun, for the plaintiff, 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 an owner of an automobile, who is by statute put into a master-servant relationship with a driver, is liable for damages for personal injuries sustained by the driver of another car by reason of the negligence of the owner's driver when both drivers and the negligent driver's regular employer are under the *Workers' Compensation Act* 1968 (B.C.), c. 59 as amended, but the statutory master is not.

[1] (1979), 106 D.L.R. (3d) 73.

Munro est un mandataire ou un préposé de l'appelante Schroeder en sa qualité de propriétaire de l'automobile que Munro conduisait avec son consentement, ainsi que d'établir la présomption que Munro conduisait cette automobile dans le cours de son emploi. L'appelante se trouve donc dans la situation d'un employeur qui devient responsable de la négligence de Munro, mais elle est nettement exclue des dispositions de la *Workers' Compensation Act*. Comme une personne nettement exclue du par. 10(1), l'appelante ne peut y être incluse à bon droit de façon à lui permettre d'échapper à sa responsabilité devant une action en justice et d'obliger la demanderesse à demander plutôt une indemnité.

L'appelante ne peut échapper à sa responsabilité en se parant de l'immunité de son présumé employé contre la poursuite de Gibb parce qu'il s'agit de responsabilité du fait d'autrui. Le tort causé ne peut disparaître et la réparation de ce dommage prend des formes diverses. Contre le conducteur négligent Munro, elle se présente sous la forme d'une indemnité; contre l'appelante, elle repose sur une action en justice.

Jurisprudence: Arrêts mentionnés: *Co-Operators Insurance Association c. Kearney*, [1965] R.C.S. 106; *Harrison c. Toronto Motor Car Limited and Krug*, [1945] O.R. 1.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique[1], qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante d'un jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique portant que l'action de l'intimée n'était pas irrecevable. Pourvoi rejeté.

Terrence L. Robertson et *Bruce Laughton*, pour les défendeurs, appelants.

R. C. Brun, pour la demanderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le pourvoi, interjeté avec autorisation de cette Cour, soulève la question de savoir si le propriétaire d'une automobile, auquel la Loi impose un rapport de commettant à préposé avec le conducteur de son automobile, est passible de dommages-intérêts pour les blessures corporelles qu'un automobiliste a subies du fait de la négligence dudit conducteur si le conducteur et l'automobiliste ainsi que l'employeur ordinaire du conducteur négligent sont assujettis à la *Workers' Compensation Act*, 1968 (B.C.), chap. 59 et modifications, mais que le commettant n'y est pas assujetti.

[1] (1979), 106 D.L.R. (3d) 73.

The appellant Susie Schroeder was the owner of an automobile which was test-driven by Donald Munro, an employee of a garage to which the appellant had taken it for repairs. The respondent, Patricia Gibb, was a taxi driver who sustained personal injuries as a result of a collision caused by the negligent driving of Munro. On her suit for damages against the appellant (as well as against Munro) an issue arose for preliminary determination as to whether, having regard to s. 70(1) of the *Motor-vehicle Act*, R.S.B.C. 1960, c. 253, her action against the appellant was precluded by s. 10(1) of the *Workers' Compensation Act*, 1968 (B.C.), c. 59, as amended by 1974 (B.C.), c. 101, s. 11, so as to remit her to compensation only. Trainor J. of the British Columbia Supreme Court and the British Columbia Court of Appeal both held that her action was not so precluded. In my opinion, they were correct in so holding.

Section 70(1) of the *Motor-vehicle Act* and s. 10(1) of the *Workers' Compensation Act* read respectively as follows:

70. (1) In an action for the recovery of loss or damage sustained by any person by reason of a motor-vehicle on any highway, every person driving or operating the motor-vehicle who is living with and as a member of the family of the owner of the motor-vehicle, and every person driving or operating the motor-vehicle who acquired possession of it with the consent, express or implied, of the owner of the motor-vehicle, shall be deemed to be the agent or servant of that owner and to be employed as such, and shall be deemed to be driving an operating the motor-vehicle in the course of his employment; but nothing in this section relieves any person deemed to be the agent or servant of the owner and to be driving or operating the motor-vehicle in the course of his employment from the liability for such loss or damage.

10. (1) The provisions of this Part are in lieu of any right and rights of action, statutory or otherwise, founded on a breach of duty or care or any other cause of action, whether that duty or cause of action is imposed by or arises by reason of law or contract, express or implied, to which a worker, dependent, or member of the family of the worker is or may be entitled against the employer of the worker, or against any employer within the scope of this Part, or against any worker, in respect of any personal injury, disablement, or death arising out

L'appelante Susie Schroeder était propriétaire d'une automobile qu'essayait sur la route Donald Munro, un employé du garage où l'appelante l'avait mise en réparation. L'intimée, Patricia Gibb, un chauffeur de taxi, a subi des blessures corporelles par suite d'une collision imputable à la conduite négligente de Munro. Dans l'action en dommages-intérêts qu'elle a intentée contre l'appelante (et contre Munro), on a soulevé une question préliminaire savoir si, compte tenu du par. 70(1) de la *Motor-vehicle Act* R.S.B.C. 1960, chap. 253, l'action de l'intimée contre l'appelante était irrecevable en raison du par. 10(1) de la *Workers' Compensation Act*, 1968 (B.C.), chap. 59, telle qu'elle a été modifiée par 1974 (B.C.), chap. 101, art. 11, de sorte qu'elle n'aurait droit qu'à une indemnité. Le juge Trainor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique ainsi que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont conclu que son action n'était pas irrecevable. A mon avis, leur décision est bien fondée.

Le paragraphe 70(1) de la *Motor-vehicle Act* et le par. 10(1) de la *Workers' Compensation Act* se lisent respectivement comme suit:

[TRADUCTION] **70.** (1) Dans une poursuite en recouvrement d'une perte ou d'un dommage causé à une personne par un véhicule automobile sur un chemin public, tout conducteur du véhicule automobile qui vit avec le propriétaire de ce véhicule à titre de membre de sa famille, ainsi que tout conducteur d'un véhicule automobile qui en a obtenu la possession avec le consentement, exprès ou tacite, du propriétaire, est réputé être le mandataire ou le préposé de ce propriétaire et être employé à ce titre, et il est réputé conduire ce véhicule automobile dans le cours de son emploi; mais le présent article n'a pas pour effet de dégager une personne, réputée le mandataire ou le préposé du propriétaire, et réputée conduire le véhicule automobile dans le cours de son emploi, de sa responsabilité à l'égard de cette perte ou de ce dommage.

10. (1) Les dispositions de la présente partie remplacent tous les droits d'action prévus par la loi ou autrement, fondés sur un manquement au devoir de diligence ou une autre cause d'action, que ce devoir ou cette cause d'action résulte de la loi ou d'un contrat, exprès ou tacite, qu'a ou que peut avoir un travailleur, une personne à sa charge ou une personne de sa famille contre l'employeur de ce travailleur, ou contre un employeur qui relève de la présente partie, ou contre un travailleur, pour une blessure corporelle, une incapacité ou le décès

of and in the course of employment and no action in respect thereof lies. This provision applies only when the action or conduct of the employer, his servant or agent, or the worker, which caused the breach of duty arose out of and in the course of employment within the scope of this Part.

The argument on the appeal was largely devoted by both parties to a close examination of the judgment of this Court in *Co-Operators Insurance Association v. Kearney*[2] and to the lines of authority, English as well as Canadian, canvassed in that case. It concerned "gratuitous passenger" legislation which at the time denied recovery for damages against the owner of an automobile or its driver for personal injuries suffered by a gratuitous passenger in the vehicle. In the *Kearney* case, the plaintiff, an insurance agent, who solicited insurance and provided policyholder service on behalf of the appellant, was injured in a collision with a train while riding as a passenger in a car of the appellant which, with its consent, was driven at the time by an adjuster. Liability was imposed on the appellant on the finding that the accident was caused solely by the negligence of the driver-adjuster, notwithstanding that under s. 105(2) of *The Highway Traffic Act* there was to be no liability towards a gratuitous passenger. The judgment at trial was affirmed by the Ontario Court of Appeal and by a majority in this Court. There were concurrent findings below that the plaintiff was a servant of the appellant in the particular situation and that the driver was a fellow servant and, like the plaintiff, in the course of employment.

Although liability which would otherwise, on the facts, be upon an owner under s. 105(1) of the Ontario Act was precluded in the case of a gratuitous passenger, the Courts below fixed liability upon the appellant as master or employer following *Harrison v. Toronto Motor Car Limited and Krug*[3]. In this Court, Judson J. who joined with Spence J. (Taschereau C.J.C. concurring with Spence J.) in dismissing the appeal, put his position solely on the *Harrison* case. Spence J. took a more detailed view of the *Harrison* case, putting it

[2] [1965] S.C.R. 106.
[3] [1945] O.R. 1.

survenant du fait et au cours de son emploi, et nulle action ne peut être intentée à cet égard. La présente disposition ne s'applique que si l'action ou la conduite de l'employeur, de son préposé ou de son mandataire, ou du travailleur, qui a manqué à son devoir, est survenue du fait et au cours de l'emploi envisagé à la présente partie.

Les deux parties ont largement consacré leur plaidoirie respective à l'analyse minutieuse de l'arrêt de cette Cour *Co-Operators Insurance Association c. Kearney*[2] et de la jurisprudence, tant anglaise que canadienne, qui y est citée. Il s'agissait d'une loi sur les passagers à titre gratuit qui leur interdisait alors de recouvrer des dommages-intérêts du propriétaire d'une automobile ou de son conducteur s'ils avaient subi des blessures corporelles dans le véhicule. Dans l'affaire *Kearney*, le demandeur, un agent d'assurances qui sollicitait les clients et qui dispensait le service aux assurés au nom de l'appelante, a été blessé dans une collision entre l'automobile où il était passager et un train; il s'agissait d'une automobile de l'appelante alors conduite, du consentement de cette dernière, par un expert en sinistres. On a retenu la responsabilité de l'appelante en concluant que l'accident était uniquement imputable à la négligence du conducteur, nonobstant le par. 105(2) de *The Highway Traffic Act* qui niait toute responsabilité à l'égard d'un passager à titre gratuit. Le jugement de première instance a été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario et par un arrêt majoritaire de cette Cour. Les cours d'instance inférieure ont conclu de concert que le demandeur était un préposé de l'appelante dans ce cas précis, que le conducteur en était aussi un et qu'il était, comme le demandeur, dans le cours de son emploi.

Même si la responsabilité qui, vu les faits, aurait par ailleurs incombé au propriétaire en vertu du par. 105(1) de la loi ontarienne, était exclue dans le cas d'un passager à titre gratuit, les tribunaux d'instance inférieure ont retenu la responsabilité de l'appelante en sa qualité de commettant ou d'employeur en application de l'arrêt *Harrison c. Toronto Motor Car Limited and Krug*[3]. En rejetant le pourvoi devant cette Cour, le juge Judson, qui s'est joint au juge Spence (le juge en chef Taschereau souscrivant à l'opinion du juge

[2] [1965] S.C.R. 106.
[3] [1945] O.R. 1.

on the ground that an employer was under a duty to take reasonable care for the safety of his servants and held that there was a breach of that duty by reason of the driver's negligence. Moreover, he held that s. 105(2) did not dissolve the negligence of the driver, which remained a wrongful act although action upon it against the appellant as owner and against the driver was barred.

Cartwright J. who, along with Ritchie J., dissented in the *Kearney* case did so because he concluded that the statute under consideration provided not merely a personal or a procedural bar but took away a gratuitous passenger's right of action founded upon the driver's negligence. Hence, for him, the *Harrison* case was wrongly decided. Counsel for the appellant in the present case founded himself mainly on the dissenting opinion of Ritchie J. who accepted the *Harrison* case as turning on a personal duty of the owner as employer to the injured servant. However, in his view, there was on the facts no such personal duty of care upon the appellant in the *Kearney* case. Moreover, he construed s. 105(2) of *The Highway Traffic Act* as immunizing the negligent driver from liability and, consequently, as relieving the owner employer as well where it was sought to hold him as being vicariously liable.

We are not required in this case to re-examine the *Harrison* case or to decide whether Spence J. or Ritchie J. took the correct view, on the facts and in law, of s. 105(2) of the Ontario *Highway Traffic Act*. I have no difficulty in agreeing with Ritchie J. that an employer's liability is vicarious only where it is based on the negligence of an employee who was then acting within the scope of his employment. At the same time, there is no doubt that an employer may come under a personal liability towards an employee, as where the employer fails in a duty to provide safe working conditions. If that be so, as Spence J. appears to have held in the *Kearney* case, then clearly

Spence) s'est appuyé uniquement sur l'arrêt Harrison. Le juge Spence a donné plus d'importance aux détails dans l'affaire Harrison et s'est appuyé sur le motif qu'un employeur avait le devoir de prendre un soin raisonnable de la sécurité de ses préposés; il a conclu à une violation de ce devoir du fait de la négligence du conducteur. Il a conclu en outre que le par. 105(2) ne fait pas disparaître la négligence du conducteur, qui reste un acte dommageable, même si l'action intentée en vertu de cette disposition contre l'appelante à titre de propriétaire et contre le conducteur est irrecevable.

Dans l'affaire *Kearney*, le juge Cartwright, dissident comme le juge Ritchie, a conclu que la loi en question prévoyait non seulement une irrecevabilité du fait de la personne ou de la procédure, mais qu'elle enlevait au passager à titre gratuit le droit d'action fondé sur la négligence du conducteur. Ainsi, à son avis, l'arrêt *Harrison* était mal fondé. L'avocat de l'appelante en l'espèce invoque principalement l'opinion du juge Ritchie en dissidence selon laquelle l'arrêt *Harrison* est fondé sur l'obligation personnelle du propriétaire, en sa qualité d'employeur, envers le préposé blessé. Cependant, à son avis, dans l'affaire *Kearney*, l'appelante n'avait pas, vu les faits, cette obligation personnelle de diligence. De plus, il a interprété le par. 105(2) de *The Highway Traffic Act* comme immunisant le conducteur négligent contre toute responsabilité et, par conséquent, comme dégageant aussi l'employeur propriétaire si l'on cherchait à le tenir responsable du fait d'autrui.

Nous ne sommes pas tenus, en l'espèce, de réexaminer l'arrêt *Harrison* ni de décider qui du juge Spence ou du juge Ritchie a interprété correctement le par. 105(2) de *The Highway Traffic Act* de l'Ontario en fait et en droit. Je souscris volontiers à l'opinion du juge Ritchie qu'un employeur n'est responsable du fait d'autrui que lorsqu'il s'agit de la négligence d'un employé qui agissait dans le cadre de son emploi. En même temps, il est indubitable qu'un employeur peut être tenu responsable personnellement envers un employé, par exemple lorsqu'il néglige d'assurer des conditions de travail sûres. Si c'est le cas, comme le juge Spence l'a, semble-t-il, conclu dans l'arrêt *Kear-*

s. 105(2) would not provide a shield against employer liability.

The considerations in the *Kearney* case can only have peripheral or tangential relevance for the present case. I say this because, in my view, the very terms of s. 10(1) of the *Workers' Compensation Act* show that the appellant Susie Schroeder does not come under its umbrella. Section 10(1) displaces in favour of compensation any rights and rights of action to which a worker may be entitled against that worker's employer or against any employer within the scope of the compensation provisions of the Act or against any worker in respect of personal injury. The appellant is not an employer of Patricia Gibb nor is she an employer under the relevant part of the Act. The effect of s. 70(1) of the *Motor-vehicle Act* is to deem Munro to be an agent or servant of the appellant as owner of the car which Munro drove with her consent and also to deem him to have been driving it in the course of his employment. This no doubt puts the appellant in the position of an employer who comes under vicarious liability for the negligence of Munro but it does not *per se* make the appellant an employer within s. 10(1) of the *Workers' Compensation Act*. She is plainly outside the terms of s. 10(1), and I am unable to see how she can properly be included with a view to allowing her to escape liability through Court action and to require the plaintiff to seek compensation instead.

The appellant seeks relief from this consequence by fastening on the immunity of the driver Munro from suit by the injured Patricia Gibb. The contention is that since both drivers are employees under the *Workers' Compensation Act*, compensation thereunder is the only relief. From this it is argued that the appellant's liability here is vacarious only and that she cannot, therefore, be sued when her deemed servant cannot be sued. The answer to this is clear enough. The tort committed by Munro does not disappear. Relief against it takes different forms. As against the negligent driver Munro, it lies in compensation; as against the appellant, it lies in court action. It is only court action against the appellant that is pursued here,

ney, alors il est clair que le par. 105(2) ne protège plus l'employeur contre les recours en responsabilité.

Les éléments considérés dans l'arrêt *Kearney* ne peuvent avoir qu'une incidence limitée en l'espèce. Je dis cela parce qu'à mon avis, le texte même du par. 10(1) de la *Workers' Compensation Act* indique que l'appelante Susie Schroeder n'y est pas visée. Le paragraphe 10(1) remplace par une indemnité tous les droits d'action pour blessures corporelles que peut avoir un travailleur contre son employeur, contre un employeur visé par les dispositions de la Loi relatives à l'indemnisation ou contre un travailleur. L'appelante n'est pas l'employeur de Patricia Gibb, et elle n'est pas un employeur visé à la partie pertinente de la Loi. Le paragraphe 70(1) de la *Motor Vehicle Act* a pour effet d'établir la présomption que Munro est un mandataire ou un préposé de l'appelante en sa qualité de propriétaire de l'automobile que Munro conduisait avec son consentement, ainsi que d'établir la présomption qu'il conduisait cette automobile dans le cours de son emploi. Cela fait certes de l'appelante un employeur responsable de la négligence de Munro, mais n'en fait pas en soi un employeur au sens du par. 10(1) de la *Workers' Compensation Act*. Elle est nettement exclue du par. 10(1), et je ne peux voir comment elle peut y être incluse à bon droit de façon à lui permettre d'échapper à sa responsabilité devant une action en justice et d'obliger la demanderesse à demander plutôt une indemnité.

L'appelante cherche à se dégager de cette conséquence en se parant de l'immunité du conducteur Munro contre la poursuite de la victime Patricia Gibb. Elle plaide que, puisque les deux conducteurs sont des employés au sens de la *Workers' Compensation Act*, l'indemnité prévue à cette loi est le seul remède. De là, on prétend que l'appelante n'est responsable que du fait d'autrui et qu'elle ne peut, par conséquent, être poursuivie si son préposé par présomption ne peut l'être. La réponse à cet argument est assez claire. Le dommage causé par Munro ne disparaît pas. La réparation de ce dommage prend des formes diverses. Contre le conducteur négligent Munro, elle se présente sous la forme d'une indemnité; contre

and we are not concerned with possibly conflicting claims for compensation and for damages.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the defendants, appellants: Rankin, Robertson, Giusti & Donald, Vancouver.

Solicitor for the plaintiff, respondent: R. C. Brun, Vancouver.

l'appelante, elle repose sur une action en justice. Seule l'action en justice contre l'appelante est en cause ici et nous n'avons pas à nous prononcer sur des demandes d'indemnité et des réclamations en dommages-intérêts possiblement incompatibles.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des défendeurs, appelants: Rankin, Robertson, Giusti & Donald, Vancouver.

Procureur de la demanderesse, intimée: R. C. Brun, Vancouver.

John Elmer Boggs *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada and The Attorney General of Alberta *Interveners.*

1980: May 14; 1981: February 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Driving while being disqualified — Sphere of provincial legislation — National effect to provincial licence suspension — True object and character of enactment — Whether ultra vires Parliament — British North America Act, 1867, s. 91(27) — Criminal Code, s. 238(3).

Criminal law — Conviction for driving while disqualified — Underlying provincial legislation — Suspension or cancellation by simple administrative or judicial action — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(1), (2), (3) as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 19(1), (2), (3) — The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, ss. 13, 20(1), 30, 138(4) — The Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1970, c. 281, ss. 2, 3, 4, 5, 9, 10, as amended by 1973 (Ont.), c. 13, ss. 3, 4, 6, 7.

Appellant was convicted in a Provincial Court for driving an automobile while impaired contrary to s. 234 of the *Criminal Code* and for refusing to take a breath test, contrary to s. 235 of the *Code*. His driver's licence was automatically suspended by administrative action. Appellant was thereafter charged with driving an automobile while disqualified by reason of the suspension of his licence to drive a motor vehicle in the Province of Ontario, contrary to s. 238(3) of the *Code*. He was convicted in a Provincial Court which held that s. 238(3) was *intra vires* the Parliament of Canada.

In parallel proceedings in *R. v. Akey*, [1979] 1 M.V.R. 293, the Provincial Court found s. 238(3) to be *ultra vires*. On a stated case, the High Court of Ontario

John Elmer Boggs *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Alberta *Intervenants.*

1980: 14 mai; 1981: 3 février.

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 constitutionnel — Conduite pendant une suspension de permis — Domaine de législation provinciale — Effet national de la suspension provinciale de permis — Objet et nature véritables du texte de loi — Est-il ultra vires du Parlement? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(27) — Code criminel, art. 238(3).

Droit criminel — Condamnation pour conduite pendant une suspension de permis — Législation provinciale sous-jacente — Suspension ou annulation par simple mesure administrative ou judiciaire — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 238(1), (2), (3) modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 19(1), (2), (3) — The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, chap. 202, art. 13, 20(1), 30, 138(4) — The Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1970, chap. 281, art. 2, 3, 4, 5, 9, 10 modifiée par 1973 (Ont.), chap. 13, art. 3, 4, 6, 7.

L'appelant a été déclaré coupable par une cour provinciale d'avoir conduit une automobile alors que sa capacité de conduire était affaiblie, contrairement à l'art. 234 du *Code criminel*, et d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine, contrairement à l'art. 235 du *Code*. Son permis de conduire a automatiquement été suspendu par mesure administrative. L'appelant a subséquemment été accusé d'avoir enfreint le par. 238(3) du *Code*, c.-à-d. d'avoir conduit une automobile alors qu'il était inhabile en raison de la suspension de son permis de conduire un véhicule automobile en Ontario. Il a été déclaré coupable par une cour provinciale qui a décidé que le par. 238(3) était *intra vires* du Parlement du Canada.

Dans une instance parallèle, *R. v. Akey*, [1979] 1 M.V.R. 293, la Cour provinciale a conclu que le par. 238(3) était *ultra vires*. La Haute Cour de l'Ontario,

reversed that decision. The Court of Appeal in both proceedings found s. 238(3) *intra vires*.

This Court granted leave to appeal on the following question: "Did the Court of Appeal err in law in holding that the enactment of s. 238(3) of the *Criminal Code* was *intra vires* of the Parliament of Canada?"

Held: The appeal should be allowed and s. 238(3) held *ultra vires*.

Section 238(3) takes on two separate characteristics. Where the suspension of a driver's licence results from provincial administrative action in response to a conviction for an offence under the *Criminal Code*, it operates to create a new offence under the *Code* in addition to the provincial offence of driving while under disqualification. On the other hand, the suspension or cancellation can result from provincial administrative or judicial action under a provincial statute, for reasons such as failure to pay motor vehicle related civil judgments or to make payments to vehicle accident compensation funds established by the province, failure to pay any such civil judgments rendered in other provinces or states of the United States, violation of the rules of the road as declared by provincial statute or regulation, and violation of provincial schemes relating to the taxation and licensing of motor vehicles fuel oil. Section 238(3) then creates a new punishment under the *Code* for breach of a provincial law or regulation without any distinction in the punishment so applied as between the case where the initial breach was itself a *Code* offence and the second case where the breach relates to a provincial regulation. In those cases, the conduct has nothing to do with the ability to drive and the safety on highways of the nation. Presently, the section creates an offence to drive anywhere in Canada during a disqualification of one's driver's licence by any province for any reason related or unrelated to the use of highways and streets.

Parliament cannot invade the proper sphere of provincial legislatures by adopting the guise of criminal legislation under s. 91(27) of the *B.N.A. Act*, the ambit of which has been discussed in this Court in several cases. As Rand J. said in the *Lord's Day* case, [1959] S.C.R. 497, " ... criminal acts are those forbidden by law ... enacted to serve what is considered a public interest or to interdict what is deemed a public harm or evil". The community interest in safety on roads attracts a proper exercise of legislative authority in the field of criminal law. But there is no readily discernible community interest in the criminalization of the administration of a

sur exposé de cause, a infirmé cette décision. Dans les deux affaires, la Cour d'appel a conclu que le par. 238(3) était *intra vires*.

Cette Cour a autorisé le pourvoi sur la question suivante: «La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en jugeant que le par. 238(3) du *Code criminel* est *intra vires* du Parlement du Canada?»

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le par. 238(3) déclaré *ultra vires*.

Le paragraphe 238(3) présente deux caractéristiques différentes. Lorsque la suspension du permis de conduire découle d'une mesure administrative provinciale suite à une déclaration de culpabilité pour une infraction au *Code criminel*, elle a pour effet de créer une nouvelle infraction au *Code* en plus de l'infraction provinciale de conduire sans permis. Par contre, la suspension ou l'annulation peut résulter d'une mesure administrative provinciale ou d'une mesure judiciaire en vertu d'une loi provinciale, pour des motifs tels que le défaut de payer un montant alloué par jugement civil relativement à un véhicule automobile, ou de faire des paiements à un fonds provincial d'indemnisation des victimes d'accident, le défaut de payer pareil montant alloué par un jugement civil rendu dans d'autres provinces ou états des États-Unis, la violation des règles de conduite routière prescrites par les lois provinciales ou les règlements; et la violation des régimes provinciaux relatifs à la taxation et à l'obtention de permis pour les véhicules automobiles et les carburants. Le paragraphe 238(3) crée alors une nouvelle peine en vertu du *Code* pour violation d'une loi ou d'un règlement provincial sans faire de distinction dans la peine ainsi imposée entre le cas où la violation initiale est elle-même une infraction au *Code* et le second cas où il s'agit de la violation d'un règlement provincial. Dans ces cas, la conduite n'a rien à voir avec la capacité de conduire et la sécurité sur les routes du pays. Présentement, l'article érige en infraction le fait de conduire au Canada parce qu'une province a retiré au conducteur son permis pour une raison reliée ou non à l'utilisation des routes et des rues.

Le Parlement ne peut empiéter sur le domaine propre des législatures provinciales en adoptant l'apparence du droit criminel en vertu du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.*, dont cette Cour a examiné la portée dans plusieurs arrêts. Comme l'a dit le juge Rand dans l'affaire *Lord's Day*, [1959] R.C.S. 497 « ... les actes criminels sont ceux qui sont interdits par la loi ... ainsi définis pour protéger ce que l'on considère comme l'intérêt public ou pour empêcher ce que l'on estime être un tort ou un mal public». L'intérêt de la collectivité dans la sécurité routière se prête à un exercice approprié du pouvoir législatif dans le domaine du droit criminel. Mais il n'y a pas

wholesale or retail licensing system. Section 238(3) is on this aspect wholly inarticulate and there is nothing to sever so as to preserve what is constitutionally proper.

R. v. Akey, [1979] 1 M.V.R. 293; *Provincial Secretary of P.E.I. v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *R. v. Prue and Baril*, [1979] 2 S.C.R. 547; *R. v. Mansour*, [1979] 2 S.C.R. 916; *R. v. Whynacht*, [1942] 1 D.L.R. 238; *R. v. Munro* (1959), 22 D.L.R. (2d) 443; *A.G.B.C. v. A.G. Canada*, [1937] A.C. 368; *In re The Board of Commerce Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Toronto Electric Commissioners v. Snider et al.*, [1925] A.C. 396; *Re Dairy Industry Act (Margarine Reference)*, [1949] S.C.R. 1, aff. [1951] A.C. 179; *Goodyear Tire & Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *Lord's Day Alliance v. A.G.B.C. et al.*, [1959] S.C.R. 497; *MacDonald and Railquip Enterprises v. Vapour Canada*, [1977] 2 S.C.R. 134; *R. v. Gaehring* (1956), 20 W.W.R. 189, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], dismissing the appeal from a judgment of the Provincial Court convicting the appellant. Appeal allowed.

Julius Melnitzer, for the appellant.

Murray Segal, for the respondent.

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

William Henkel, Q.C., for the intervener, the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—In this appeal we are concerned with a challenge to the constitutionality of s. 238(3) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34. The case arises out of convictions of the appellant on August 5, 1977 in a Provincial Court for driving an automobile while impaired, contrary to s. 234 of the *Criminal Code;* and for refusing to take a breath test, contrary to s. 235 of the *Code*. Following these convictions, the appellant's driver's licence was automatically suspended by administrative action pursuant to s. 20(1) of *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, c. 202. The

[1] [1979] 1 M.V.R. 293.

d'intérêt collectif réellement perceptible à rattacher au domaine criminel l'administration d'un système de permis de vente en gros ou au détail. Le paragraphe 238(3) est tout à fait muet sur cet aspect et rien ne peut en être retranché pour permettre de conserver ce qui est constitutionnel.

Jurisprudence: *R. v. Akey*, [1979] 1 M.V.R. 293; *Provincial Secretary of P.E.I. c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *R. c. Prue et Baril*, [1979] 2 R.C.S. 547; *R. c. Mansour*, [1979] 2 R.C.S. 916; *R. v. Whynacht*, [1942] 1 D.L.R. 238; *R. v. Munro* (1959), 22 D.L.R. (2d) 443; *A.G.B.C. v. A.G. Canada*, [1937] A.C. 368; *In re The Board of Commerce Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Toronto Electric Commissioners v. Snider et al.*, [1925] A.C. 396; *Re Dairy Industry Act (Renvoi sur la margarine)*, [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179; *Goodyear Tire & Rubber Company of Canada Limited c. La Reine*, [1956] R.C.S. 303; *Lord's Day Alliance c. P.G. C.-B. et autres*, [1959] R.C.S. 497; *MacDonald et Railquip Enterprises c. Vapour Canada*, [1977] 2 R.C.S. 134; *R. v. Gaehring* (1956), 20 W.W.R. 189.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a rejeté l'appel d'un jugement de la Cour provinciale déclarant l'appelant coupable. Pourvoi accueilli.

Julius Melnitzer, pour l'appelant.

Murray Segal, pour l'intimée.

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

William Henkel, c.r., pour l'intervenant, le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Dans ce pourvoi, on conteste la constitutionnalité du par. 238(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. L'appelant a été déclaré coupable le 5 août 1977 par une cour provinciale d'avoir conduit une automobile alors que sa capacité de conduire était affaiblie, contrairement à l'art. 234 du *Code criminel*, et d'avoir refusé de fournir un échantillon d'haleine, contrairement à l'art. 235 du *Code*. Par suite de ces déclarations de culpabilité, le permis de conduire de l'appelant a automatiquement été suspendu par mesure administrative conformément au par.

[1] [1979] 1 M.V.R. 293.

appellant was thereafter charged with driving an automobile on August 11, 1979 while disqualified by reason of the suspension of his licence to drive a motor vehicle in the Province of Ontario, contrary to s. 238(3) of the *Code*. In the ensuing proceedings in Provincial Court, the appellant was convicted, the Court finding that s. 238(3) was *intra vires* the Parliament of Canada.

The same issue arose in the Ontario courts in parallel proceedings in *R. v. Akey*[2] where Judge Clendenning of the Provincial Court found the *Code* section to be *ultra vires*; the High Court of Ontario, on a stated case, reversed this decision in a judgment by Montgomery J. The Court of Appeal in both proceedings found s. 238(3) to be *intra vires* and accordingly dismissed the appeal by the appellant Boggs from his conviction on the merits.

In this Court, leave to appeal was granted in respect of the following question:

Did the Court of Appeal err in law in holding that the enactment of ss. 238(3) of the *Criminal Code* was *intra vires* of the Parliament of Canada?

Section 238(3) of the *Criminal Code* of Canada provides as follows:

Every one who drives a motor vehicle in Canada while he is disqualified or prohibited from driving a motor vehicle by reason of the legal suspension or cancellation, in any province, of his permit or licence or of his right to secure a permit or licence to drive a motor vehicle in that province is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for two years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

The statute was enacted in its present form in 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 19(2) when Parliament by s. 19(1) and (3) repealed subss. (1) and (2) and subs. (3.1) of s. 238 and recast subs. (3) in the form set out above. The repealed sections empowered the Court on a conviction under speci-

[2] [1979] 1 M.V.R. 293.

20(1) de *The Highway Traffic Act*, R.S.O. 1970, chap. 202. L'appelant a subséquemment été accusé d'avoir enfreint le par. 238(3) du *Code*, c.-à-d. d'avoir, le 11 août 1979, conduit une automobile alors qu'il était inhabile en raison de la suspension de son permis de conduire un véhicule automobile en Ontario. Au terme des procédures qui ont suivi en Cour provinciale, l'appelant a été déclaré coupable, la Cour ayant conclu que le par. 238(3) était *intra vires* du Parlement du Canada.

La même question s'est posée devant les tribunaux de l'Ontario dans une instance parallèle, *R. v. Akey*[2] où le juge Clendenning de la Cour provinciale a conclu que l'article du *Code* était *ultra vires*; la Haute Cour de l'Ontario, sur exposé de cause, a infirmé cette décision dans un jugement du juge Montgomery. Dans les deux affaires, la Cour d'appel a conclu que le par. 238(3) était *intra vires* et a par conséquent rejeté au fond l'appel interjeté par l'appelant Boggs contre sa déclaration de culpabilité.

Cette Cour a autorisé le pourvoi sur la question suivante:

La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en jugeant que le par. 238(3) du *Code criminel* est *intra vires* du Parlement du Canada?

Le paragraphe 238(3) du *Code criminel* du Canada dispose:

Quiconque conduit un véhicule à moteur au Canada alors qu'il est inhabile à conduire un tel véhicule, ou que la conduite d'un tel véhicule lui est interdite, en raison de la suspension ou annulation légale, dans une province, de son permis ou de sa licence ou de son droit d'obtenir un permis ou une licence concernant la conduite d'un véhicule à moteur dans ladite province, est coupable

a) d'un acte criminel et est passible d'un emprisonnement de deux ans; ou

b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Ce texte de loi a été adopté dans sa forme actuelle par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, par. 19(2) lorsque le Parlement, par les par. 19(1) et (3), a abrogé les par. 238(1), (2) et (3.1) et a reformulé le par. (3) dans la forme précitée. Selon les dispositions abrogées, lorsqu'une déclaration de

[2] [1979] 1 M.V.R. 293.

fied sections of the *Code* to prohibit the accused from driving a motor vehicle for such time (within time limits stipulated in the subsections) and in such places in Canada as the Court may specify. Subsection (3) has been in the *Code* since first enacted in 1938 (Can.), c. 44, s. 16. While this *Code* provision (s. 238(3)) has not come under direct constitutional attack in this Court, the section has been examined directly or obliquely in connection with other issues. In *Provincial Secretary of P.E.I. v. Egan*[3], this Court found that the repealed subs. (2) authorizing a court to add suspension of a driving licence to punishment which might otherwise be imposed on a conviction for driving while intoxicated or while licence is suspended was *intra vires* Parliament. Chief Justice Duff found that such a provision (then s. 285(7)) was constitutional but he had no occasion to pass upon the then s. 285(8), which is the present subs. (3) of s. 238. The principal issue related to the effect of s. 285(7) of the *Code* (that is the authorization for the Court to impose suspension in addition to other penalties) on the continuing validity of a Prince Edward Island statute which provided for the automatic suspension of an accused's driver's licence upon a conviction for driving a motor vehicle while intoxicated. The Court concluded that s. 285(7) left the provincial statute unaffected. This case is of no assistance here where we have the opposite issue, namely, is Parliament competent to add a criminal consequence to a provincial licence suspension whatever the reason for that suspension.

In *R. v. Prue and Baril*[4] this Court was concerned with the requirement of *mens rea* in the proof of an offence under s. 238(3) and the majority of the Court found a requirement for proof of intention. No issue of constitutionality was raised and the Court made no reference to such a question either in majority or dissent.

[3] [1941] S.C.R. 396.
[4] [1979] 2 S.C.R. 547.

culpabilité était prononcée en vertu de dispositions particulières du *Code*, la cour avait le pouvoir d'interdire à l'accusé de conduire un véhicule automobile pour la période (dans les limites prescrites par les paragraphes) et aux endroits au Canada qu'elle déterminait. Le paragraphe (3) se trouve au *Code* depuis qu'il a été promulgué pour la première fois par 1938 (Can.), chap. 44, art. 16. Bien que la constitutionnalité de cette disposition du *Code* (le par. 238(3)) n'ait pas été contestée directement devant cette Cour, elle a été examinée directement ou indirectement en regard d'autres questions. Dans l'arrêt *Provincial Secretary of P.E.I. c. Egan*[3], cette Cour a conclu que le par. (2) abrogé, qui autorisait une cour à ajouter une suspension de permis de conduire à la peine qui pouvait par ailleurs être imposée à l'occasion d'une déclaration de culpabilité pour conduite en état d'ébriété ou d'une suspension de permis, était *intra vires* du Parlement. Le juge en chef Duff a conclu que pareille disposition (le par. 285(7) à l'époque) était constitutionnelle, mais il n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur le par. 285(8) de l'époque, qui est maintenant le par. 238(3). La principale question portait sur l'effet du par. 285(7) du *Code* (c'est-à-dire le pouvoir de la cour d'imposer une suspension en sus d'autres peines) sur la validité d'une loi de l'Île-du-Prince-Édouard qui prescrivait la suspension automatique du permis de conduire d'un accusé déclaré coupable d'avoir conduit un véhicule automobile alors qu'il était en état d'ébriété. La Cour a conclu que le par. 285(7) ne portait pas atteinte à la loi provinciale. Cet arrêt ne nous est d'aucun secours en l'espèce où la question contraire se pose, savoir, le Parlement a-t-il compétence pour ajouter une conséquence pénale à la suspension d'un permis par une province sans égard au motif de cette suspension?

Dans l'arrêt *R. c. Prue et Baril*,[4] cette Cour s'est penchée sur la *mens rea* exigée pour prouver une infraction au par. 238(3) et la Cour, à la majorité, a conclu qu'il était nécessaire d'établir l'intention. On n'a pas soulevé la question de la constitutionnalité et, ni dans l'opinion de la majorité, ni en dissidence, la Cour n'y fait référence.

[3] [1941] R.C.S. 396.
[4] [1979] 2 R.C.S. 547.

The section was again before this Court in *R. v. Mansour*[5] where the issue was whether an offence under this *Code* provision could be committed where the driving in question was in a place (there a parking lot) where no provincial licence was required for the operation of a motor vehicle. The Court expressly noted that no constitutional issue had been raised by the parties.

Other courts have considered the constitutionality of s. 238(3): *R. v. Whynacht*[6], and *R. v. Munro*[7]. In the former case the Court, relying heavily on the *Egan* case, *supra*, found subs. (8) (present subs. (3)) to be valid federal legislation. At least one member of the Court concluded that since the then subs. (7), quoted above, was found valid in *Egan*, *supra*, then subs. (8) must be valid as it refers to driving during a disqualification ordered under subs. (7) as well as to any other type of suspension. Of course, subs. (7) has since been repealed and so now the only requirement in the *Code* section is an outstanding provincial disqualification. Graham J. considered subs. (8) as though it were in two parts, the first relating to a court ordered disqualification and the second to a provincial administrative disqualification. He then lumped the two parts together and put them both under the umbrella of *Egan*, *supra*, stating at pp. 244-5:

> The operation of a motor vehicle on the highway by a driver who is unfit to drive is potentially dangerous; and the purpose of both parts of s. 285(8) is the same—*viz.*:—because of such danger, to prevent an unfit driver from driving on the highway. The main reason for requiring a driver to be licensed is to ensure that it is not dangerous to allow him to drive a motor vehicle; and the inference from revocation of his licence is that he is not a fit person to drive a motor vehicle and that it would be dangerous to allow him to drive because the revocation must be presumed to have been for just cause, and in exercise of a proper discretion, if there is discretion.

[5] [1979] 2 S.C.R. 916.
[6] [1942] 1 D.L.R. 238 (N.S.S.C., *en banc*).
[7] (1959), 22 D.L.R. (2d) 443 (Man C.A.).

Cet article a de nouveau été soumis à cette Cour dans l'affaire *R. c. Mansour*[5], la question y était de savoir s'il y avait infraction à cette disposition du *Code* lorsque la conduite en cause avait eu lieu dans un endroit (un stationnement) où il n'était pas nécessaire de détenir un permis provincial pour conduire un véhicule automobile. La Cour a expressément fait remarquer que les parties n'avaient pas soulevé de question constitutionnelle.

D'autres tribunaux ont examiné la constitutionnalité du par. 238(3); *R. v. Whynacht*[6], et *R. v. Munro*[7]. Dans le premier cas, la Cour s'est fondée essentiellement sur l'arrêt *Egan*, précité, et a conclu que le par. (8) (l'actuel par. (3)) était un texte de loi fédérale valide. Un membre de la Cour au moins a conclu que puisque le par. (7), précité, alors en vigueur avait été déclaré valide dans l'arrêt *Egan*, précité, le par. (8) devait également l'être puisqu'il portait sur la conduite d'un véhicule pendant un retrait de permis imposé en vertu du par. (7) de même que pendant tout autre type de suspension. Évidemment, le par. (7) a été abrogé depuis et, actuellement, cette disposition du *Code* exige seulement qu'il y ait un retrait de permis imposé par la province. Le juge Graham a considéré le par. (8) comme s'il contenait deux parties, la première relative au retrait de permis imposé par une cour et la seconde, à un retrait de permis de nature administrative imposé par la province. Il a ensuite joint les deux parties et les a toutes deux soumises à la règle formulée dans l'arrêt *Egan*, précité, voici ce qu'il a dit aux pp. 244 et 245:

> [TRADUCTION] La conduite d'un véhicule automobile sur une route par un conducteur inapte à conduire peut être dangereuse; le but des deux parties du par. 285(8) est le même, savoir: à cause de ce danger, interdire au conducteur inapte de conduire sur les routes. La principale raison pour exiger qu'un conducteur détienne un permis est de s'assurer qu'il n'est pas dangereux de lui permettre de conduire un véhicule automobile; il faut déduire de la révocation de son permis qu'il n'est pas apte à en conduire un et qu'il serait dangereux de le lui permettre parce que la révocation est censée justifiée et résulter de l'exercice, le cas échéant, d'un pouvoir discrétionnaire valide.

[5] [1979] 2 R.C.S. 916.
[6] [1942] 1 D.L.R. 238 (C.S.N.-É. en banc).
[7] (1959), 22 D.L.R. (2d) 443 (C.A. Man.).

Sir Joseph Chisholm C.J., speaking for himself and four other members of the Court, concluded at p. 241:

Parliament was not acting under a guise or with an indirect purpose. It was making a genuine attempt to amend the criminal law and to make provision for repressing a growing evil. Subsection (8) is no more than a further extension of ss.(7), which has already been held to be *intra vires* of Parliament.

The accused there had initially been convicted of driving while intoxicated.

In the *Munro* case, *supra*, the Manitoba Court of Appeal followed the *Whynacht* decision and found subs. (3) to be valid partly on the basis that Parliament alone could give a provincial suspension national effect. Again, the initial conviction was for driving while impaired.

Before turning to the test of this *Code* provision under s. 91(27) (criminal law) of the *British North America Act*, R.S.C. 1970, Appendix No. 5, it will be helpful to examine the underlying provincial legislation both in Ontario, the province of suspension in this case, as well as in some of the other provinces. This is particularly relevant now that subs. (7) has been repealed (as subs. (1) of s. 238) and likewise because of the apparent reliance by earlier courts upon the relationship of the disqualification under provincial law to conduct on the highway. Under Ontario legislation, a person's driver's licence may be suspended by judicial or administrative action under two different statutes, including at least 21 provisions, ranging from suspension for non-payment of an obligation to a statutory accident compensation fund to the failure to pay a fine imposed under various statutes relating to the operation of commercial vehicles and private vehicles on the highways. This exposure to disqualification extends, where there is reciprocal legislation, to like indebtedness arising under statutes of other provinces and the states of the United States of America. It is also important to note that since liability arises vicariously through the operation by another of the owner's vehicle by consent, these provisions likewise result in disqualification of the owner's licence for reasons unrelated to his operation or ability to operate

Le juge en chef, sir Joseph Chisholm, en son nom et au nom de quatre autres membres de la Cour, a conclu ainsi à la p. 241:

[TRADUCTION] Le Parlement n'agissait pas d'une façon détournée ou dans un but caché. Il essayait véritablement de modifier le droit pénal et de réprimer un mal croissant. Le paragraphe (8) n'est rien de plus que le prolongement du par. (7), qui a déjà été jugé *intra vires* du Parlement.

Dans cette affaire, l'accusé avait initialement été déclaré coupable de conduite en état d'ébriété.

Dans l'arrêt *Munro*, précité, la Cour d'appel du Manitoba a suivi l'arrêt *Whynacht* et a conclu que le par. (3) était valide en partie parce que seul le Parlement pouvait donner un effet national à une suspension provinciale. Là également, la déclaration de culpabilité initiale en était une de conduite avec facultés affaiblies.

Avant de situer cette disposition du *Code* par rapport au par. 91(27) (droit criminel) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, S.R.C. 1970, Annexe n° 5, il est utile d'examiner les lois provinciales sous-jacentes tant en Ontario, la province où la suspension a eu lieu en l'espèce, que dans d'autres provinces. C'est particulièrement pertinent maintenant que le par. (7) a été abrogé (comme le par. 238 (1)); en outre les tribunaux se sont apparemment fondés au début sur le lien entre le retrait de permis imposé en vertu d'une loi provinciale et la conduite d'un véhicule sur une route. Aux termes de la loi ontarienne, un permis de conduire peut être suspendu par mesure judiciaire ou administrative en vertu de deux lois différentes, soit au moins vingt et une dispositions, qui vont de la suspension pour non-paiement d'une contribution à un fonds d'indemnisation des victimes d'accident créé par la Loi au défaut de payer une amende imposée en vertu de différentes lois portant sur la conduite de véhicules commerciaux et de véhicules privés sur les routes. Lorsqu'il existe une loi de réciprocité, ce retrait de permis s'étend à une dette du même genre découlant de lois d'autres provinces et d'états des États-Unis d'Amérique. Il importe également de faire remarquer que puisque la responsabilité peut résulter du fait d'un tiers lorsque celui-ci conduit le véhicule avec le consentement de son propriétaire, ces dispositions entraî-

a motor vehicle on the highways of the province. These disqualifying provisions are found in *The Highway Traffic Act, supra,* as well as in *The Motor Vehicle Accident Claims Act,* R.S.O. 1970, c. 281, ss. 2, 3, 4, 5, 9 and 10, all as amended by 1973 (Ont.), c. 13, ss. 3, 4, 6 and 7.

It is of interest to note that by s. 20(3) of *The Highway Traffic Act, supra,* the province gives to the court hearing charges under certain sections of the *Criminal Code, supra,* the same power of licence suspension as was formely found in subs. (1) of s. 238 (repealed in 1973-74-75 (Can.), c. 93, s. 19(1)).

As already stated, an owner of a motor vehicle under the Ontario statutes (and in most of the other provinces as well) may be civilly responsible for damage caused by his or her vehicle when driven by a person authorized to drive it. Such liability might result in a judgment in a civil court or an order for payment to the Motor Vehicle Accident Claims Fund of Ontario or a similar fund established and maintained in other provinces. Failure to pay or to maintain instalment payments in either case may result in the suspension of the owner's driver's licence by simple administrative action. This in turn would bring into play s. 238(3) of the *Code* if such an owner drives a motor vehicle during such disqualification. See *The Motor Vehicle Accident Claims Act,* R.S.O. 1970, c. 281, as amended by 1973 (Ont.), c. 13, ss. 2 to 5 and s. 9. The same result can follow when an accident occurs in another province or in a state of the United States of America where legislation "similar in effect" to that of Ontario has been adopted. See *The Highway Traffic Act, supra,* s. 138(4). The provincial statute also provides for automatic suspension following conviction under a number of sections of the *Code* relating to criminal negligence, driving while impaired by drugs or alcohol; and for the increase of the period of suspension by judicial discretion.

nent également la suspension du permis du propriétaire pour des raisons qui ne sont pas reliées à sa conduite ou à sa capacité de conduire un véhicule automobile sur les routes de la province. Ces dispositions se trouvent dans *The Highway Traffic Act*, précitée, de même que dans *The Motor Vehicle Accident Claims Act*, R.S.O. 1970, chap. 281, art. 2, 3, 4, 5, 9 et 10, tous modifiés par 1973 (Ont.), chap. 13, art. 3, 4, 6 et 7.

Il est intéressant de noter que par le par. 20(3) de *The Highway Traffic Act*, précitée, la province donne à la cour devant laquelle sont portées les accusations en vertu des dispositions précitées du *Code criminel*, le même pouvoir de suspendre un permis que celui accordé auparavant par le par. 238(1) (abrogé par 1973-74-75 (Can.), chap. 93, par. 19(1)).

Comme je l'ai déjà dit, en vertu des lois de l'Ontario (comme dans la plupart des autres provinces), le propriétaire d'un véhicule automobile peut être tenu civilement responsable des dommages causés par son véhicule lorsqu'une personne autorisée le conduit. Cette responsabilité pourrait donner lieu à un jugement d'un tribunal civil ou à une ordonnance de paiement au Motor Vehicle Accident Claims Fund de l'Ontario ou à un fonds analogue instauré dans d'autres provinces. Dans les deux cas, le défaut de payer ou de faire les versements peut entraîner la suspension du permis de conduire du propriétaire par simple mesure administrative, ce qui fera entrer en jeu le par. 238(3) du *Code* si ce propriétaire conduit un véhicule automobile alors qu'il est inhabile à le faire. Voir *The Motor Vehicle Accident Claims Act*, R.S.O. 1970, chap. 281, modifiée par 1973 (Ont.), chap. 13, art. 2 à 5 et art. 9. Un accident survenu dans une autre province ou dans un état américain peut avoir le même résultat lorsqu'il y existe une loi «ayant un effet semblable» à celle de l'Ontario. Voir *The Highway Traffic Act*, précitée, par. 138(4). La loi provinciale prévoit également une suspension automatique en cas de déclaration de culpabilité en vertu de plusieurs dispositions du *Code* relatives à la négligence criminelle, à la conduite alors que les capacités sont affaiblies par des drogues ou l'alcool; elle prévoit aussi le prolongement de la période de suspension à la discrétion des tribunaux.

Most of these provisions are found in various forms in the statutes of other provinces and nothing is to be gained here by their recitation. Without detailing the scope of the provincial employment of the technique of disqualification from driving, one can illustrate the extent of the practice in the various provinces by a reference to some legislation in the Province of Alberta. By s. 57(1) of *The Motor Vehicle Registration Act,* 1975 (2) (Alta.), c. 68, s. 57, as amended by a series of Alberta statutes, the Minister may "suspend or cancel an operator's licence ... for contravention of ... *The Fuel Oil Licensing Act,* [R.S.A. 1970, c. 152], or of *The Fuel Oil Tax Act,* [R.S.A. 1970, c. 153], or of *The Fuel Oil Administration Act,* [1978 (Alta.), c. 16], or the regulations thereunder". By subs. (*c*) of s. 57(1), such disqualification may be imposed "for any other reason appearing to the Minister to be sufficient". *The Fuel Oil Licensing Act, supra,* provides, for example, for a licensing system of persons engaged in the wholesale or retail distribution or refining of oil. The statute creates a number of offences relating to unlicensed operations, failure to fill out and file any forms prescribed by the Act, or to make the records of the licensee available to the Minister on demand, the blending of grades of oil without ministerial permission, the sale of fuel oil below grades as specified by regulation, and a licensee's failure "to obey any lawful requirement or order of the Minister". There are other offences of like nature established in the statute, including the usual catch-all offence for the violation of any provision of the Act or of any regulation thereunder (s. 31). The statute authorizes the Lieutenant Governor in Council to make regulations in respect of fourteen matters enumerated in the statute, plus a general authority to make regulations "for the better carrying out of the provisions of this *Act*" (s. 33(*a*)). *The Fuel Oil Tax Act, supra,* applies a tax on all fuel oil (any petroleum product used in an internal combustion engine to generate power, other than natural gas) purchased or brought in to Alberta. A system for the collection of the tax is detailed in the statute and offences are established for the violation of various provisions relating to the marking of exempt gas, filing of returns, non-payment for gas, etc. Section

L'on trouve la plupart de ces dispositions sous différentes formes dans les lois d'autres provinces qu'il est inutile de citer ici. Sans entrer dans les détails de l'utilisation par la province de la technique du retrait du permis de conduire, on peut illustrer la portée de cette pratique dans différentes provinces par un examen de certaines lois de l'Alberta. Le paragraphe 57(1) de *The Motor Vehicle Registration Act*, 1975 (2) (Alta), chap. 68, art. 57, modifiée par une série de lois de l'Alberta, autorise le Ministre à [TRADUCTION] «suspendre ou annuler le permis d'un exploitant ... pour une infraction prévue à *The Fuel Oil Licensing Act*, [R.S.A. 1970, chap. 152], *The Fuel Oil Tax Act*, [R.S.A. 1970, chap. 153,] ou *The Fuel Oil Administration Act*, [1978 (Alta), chap. 16], ou aux règlements adoptés en vertu de ces lois». L'alinéa 57(1)*c*) permet de retirer le permis [TRADUCTION] «pour toute autre raison que le Ministre considère suffisante». *The Fuel Oil Licensing Act*, précitée, établit, par exemple, un système de permis pour les distributeurs en gros ou en détail de pétrole ou les raffineurs. Elle crée plusieurs infractions relatives à l'exploitation sans permis, à l'omission de remplir et de produire les formulaires prescrits par la Loi ou de soumettre au Ministre les livres du titulaire du permis sur demande, au mélange de qualités de pétrole sans autorisation ministérielle, à la vente de carburant de qualité inférieure à celle prescrite par règlement, et à l'omission par le titulaire du permis [TRADUCTION] «de respecter toute exigence ou ordonnance légitime du Ministre». La Loi crée d'autres infractions de même nature, y compris l'infraction générale habituelle de violation d'une disposition de la Loi ou d'un règlement adopté sous son régime (art. 31). Elle autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à établir des règlements relatifs à quatorze objets y énumérés, en plus de lui conférer un pouvoir général d'établir des règlements [TRADUCTION] «pour rendre plus efficace l'application des dispositions de la présente loi» (al. 33*a*)). *The Fuel Oil Tax Act*, précitée, impose une taxe sur tout le carburant (tout produit du pétrole utilisé dans un moteur à combustion interne pour produire de l'énergie, à l'exception du gaz naturel) acheté ou apporté en Alberta. Un régime de perception de la taxe y est détaillé et des infractions y

17(5) authorizes a magistrate to prohibit the accused from driving a motor vehicle for a specified period for offences under the Act. *The Fuel Oil Administration Act, supra,* provides, in s. 36, another taxation system with reference to domestic heating oil, farm fuel oil, and other fuels; and creates similar offences to those established in the two statutes already examined. By reason of *The Motor Vehicle Registration Act, supra,* s. 57, a breach of any such statutes or regulations thereunder, including non-payment of a tax assessment, may result in a suspension of licence, and thus s. 238(3) of the *Code* would come into play.

At least in the case of the Provinces of Ontario, Saskatchewan, Manitoba, British Columbia and Prince Edward Island, the province has filled in the gap created by the repeal of subs. (1) of s. 238 in the 1974-75-76 statutes, *supra,* by authorizing a court, on the conviction of an offence under the *Code* relating to the driving of a motor vehicle, to suspend or cancel the accused's driver's licence. See, for example, the *Motor Vehicle Act,* R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 82.

A review of the highway legislation of all the provinces reveals that generally, provision is made in provincial statutes for the suspension of driver's licences upon conviction of offences in the *Criminal Code* related to the operation of motor vehicles; for the failure to pay motor vehicle related civil judgments, or to make like payments to vehicle accident compensation funds established by the province; and for failure to pay any such civil judgments rendered in other provinces or states of the United States with like legislation; for violation of the rules of the road as declared by provincial statute or regulation; and for the violation of provincial schemes relating to the taxation and licensing of motor vehicles, fuel oil, etc. The employment of the device of administrative and judicial disqualification of the driver's licence by the provinces has apparently come a long way

sont créées en cas de violation des diverses dispositions relatives à l'identification de l'essence exemptée, au dépôt des déclarations, au non-paiement de l'essence, etc. Le paragraphe 17(5) autorise un magistrat à interdire à l'accusé de conduire un véhicule automobile pendant une période donnée en cas d'infraction à la Loi. *The Fuel Oil Administration Act*, précitée, établit, à l'art. 36, un autre régime de taxation relatif au mazout domestique, au carburant utilisé sur les fermes et autres carburants; elle crée des infractions semblables à celles établies dans les deux lois déjà étudiées. L'article 57 de *The Motor Vehicle Registration Act*, précitée, prévoit la suspension du permis pour une violation de ces lois ou des règlements adoptés sous leur régime, y compris le non-paiement d'une cotisation de taxe, et fait donc jouer le par. 238(3) du *Code.*

Au moins dans le cas des provinces de l'Ontario, de la Saskatchewan, du Manitoba, de la Colombie-Britannique et de l'Île-du-Prince-Édouard, la province a comblé le vide créé par l'abrogation du par. 238(1) dans les Statuts de 1974-75-76, précité, en permettant au tribunal, à l'occasion d'une déclaration de culpabilité prononcée en vertu du *Code* et relative à la conduite d'un véhicule automobile, de suspendre ou d'annuler le permis de conduire de l'accusé. Voir, par exemple, la *Motor Vehicle Act,* R.S.B.C. 1979, chap. 288, art. 82.

Un examen des codes de la route de toutes les provinces révèle qu'en général, les lois provinciales prévoient la suspension du permis d'un conducteur quand il est déclaré coupable d'une infraction au *Code criminel* relative à la conduite d'un véhicule automobile; pour défaut de payer un montant alloué par jugement civil relativement à un véhicule automobile, ou de faire des paiements du même genre à un fonds provincial d'indemnisation des victimes d'accident; pour défaut de payer pareil montant alloué par un jugement civil rendu dans d'autres provinces ou états des États-Unis d'Amérique dotés de lois du même genre; pour la violation des règles de conduite routière prescrites par les lois provinciales ou les règlements; et pour la violation des régimes provinciaux relatifs à la taxation et à l'obtention de permis pour les véhicules automobiles, les carburants etc. Le retrait du

since the days of *Whynacht, supra,* where Graham J. noted that the purpose of the reference in s. 238(3) (then 285(8)), was (and I repeat it for emphasis):

> ... to prevent an unfit driver from driving on the highway ... and the inference from revocation of his licence is that he is not a fit person to drive a motor vehicle and that it would be dangerous to allow him to drive because the revocation must be presumed to have been for just cause ... (at p. 245)

It is obvious that a suspension of an owner's licence for the non-payment of a judgment arising out of the driving of an authorized driver, or suspension or revocation by reason of the non-payment of a fuel oil bill relating to domestic heating oil, have no relationship in practice or in theory to the owner's ability to drive and hence to public safety on the highways of the nation.

The effect of s. 238(3) takes on two separate characteristics. Where the suspension of a driver's licence results from provincial administrative action in response to a conviction for an offence under the *Criminal Code, supra,* s. 238(3), it operates to create a new offence under the *Code* in addition to the provincial offence of driving while under disqualification. See the Ontario *Highway Traffic Act, supra,* ss. 13 and 30, or similar legislation in British Columbia, R.S.B.C. 1979, c. 288, s. 12(1)(*a*). Where, however, the suspension or cancellation results from provincial administrative action, as for example under the Ontario *Highway Traffic Act, supra,* s. 138, or by judicial action under a provincial statute, as for example the Alberta legislation, *supra,* s. 238(3) creates a new punishment under the *Code* for breach of the provincial law or regulation without any distinction in the punishment so applied as between the first case, that is where the initial breach was itself a *Code* offence, and the second case, where the breach relates to a provincial regulation. In either case, the offence is complete only after the introductory action taken by a provincial authority (or a court) under a provincial statute, and the breach of the provincially-ordained suspension, which breach, by s. 238(3), constitutes an offence under

permis de conduire par l'administration et les tribunaux a manifestement beaucoup évolué depuis l'époque de l'arrêt *Whynacht*, précité, où le juge Graham a fait remarquer que le but de la mention au par. 238(3) (alors 285(8)), était (et je le répète pour le souligner):

> [TRADUCTION] ... interdire au conducteur inapte de conduire sur les routes. ... il faut déduire de la révocation de son permis qu'il n'est pas apte à conduire un véhicule automobile et qu'il serait dangereux de le lui permettre parce que la révocation est censée être justifiée ... (à la p. 245)

Il est évident que la suspension du permis de conduire du propriétaire pour le non-paiement d'une dette reconnue par jugement résultant de la conduite d'un conducteur autorisé, ou la suspension ou révocation en raison du non-paiement d'une facture de mazout domestique, n'ont aucun lien ni en pratique ni en théorie avec la capacité du propriétaire de conduire et donc avec la sécurité du public sur les routes du pays.

L'effet du par. 238(3) présente deux caractéristiques distinctes. Lorsque la suspension du permis de conduire découle d'une mesure administrative provinciale suite à une déclaration de culpabilité pour une infraction au par. 238(3) du *Code criminel*, précité, elle a pour effet de créer une nouvelle infraction au *Code* en plus de l'infraction provinciale de conduire sans permis. Voir *The Highway Traffic Act* de l'Ontario, précitée, art. 13 et 30, ou la loi analogue de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 288, al. 12(1)*a*). Toutefois, lorsque la suspension ou l'annulation résulte d'une mesure administrative provinciale, par exemple en vertu de l'art. 138 de *The Highway Traffic Act* de l'Ontario, précitée, ou d'une mesure judiciaire en vertu d'une loi provinciale, par exemple les lois de l'Alberta, précitées, le par. 238(3) crée une nouvelle peine en vertu du *Code* pour violation d'une loi ou d'un règlement provincial sans faire de distinction dans la peine ainsi imposée entre le premier cas, c'est-à-dire celui où la violation initiale est elle-même une infraction au *Code*, et le second cas, celui où il s'agit de la violation d'un règlement provincial. Dans un cas comme dans l'autre, l'infraction n'est complète qu'après l'action préalable d'une autorité provinciale (ou d'un tribunal) en vertu d'une loi provinciale, et la violation

the *Code*. This Court, in considering this aspect of s. 238(3) in *Mansour, supra,* said:

> Section 234(1) describes the offence without reference to any provincial statute or licence requirement. All that is required is that a person have the care and control of a motor vehicle as defined in the *Code* while his ability to drive is impaired as likewise defined in the *Code*. In ascertaining the width and breadth of the offence, it is unnecessary to look beyond the *Criminal Code. In contrast, s. 238(3) has no application unless a province has suspended or cancelled the accused's licence or permit to drive.* (Emphasis added.) (p. 924)

The issue then is reached, can Parliament validly exercise its criminal power under s. 91(27) by attaching penal consequences by means of a *Criminal Code* provision (here s. 238(3)) to a breach of an order made administratively or judicially under a valid provincial statute, without any necessary relationship to the conduct that led to such an order?

Parliament cannot, of course, invade the proper sphere of the provincial legislature by simply adopting the guise or disguise of criminal legislation under s. 91(27) of the *B.N.A. Act, supra.* As Lord Atkin stated in *A.G.B.C. v. A.G. Canada*[8], at pp. 375-6:

> The only limitation on the plenary power of the Dominion to determine what shall or shall not be criminal is the condition that Parliament shall not in the guise of enacting criminal legislation in truth and in substance encroach on any of the classes of subjects enumerated in s. 92. It is no objection that it does in fact affect them. If a genuine attempt to amend the criminal law, it may obviously affect previously existing civil rights. The object of an amendment of the criminal law as a rule is to deprive the citizen of the right to do that which, apart from the amendment, he could lawfully do. No doubt the plenary power given by s. 91(27) does not deprive the Provinces of their right under s. 92(15) of affixing penal sanctions to their own competent legislation. On the other hand, there seems to be nothing to prevent the Dominion, if it thinks fit in the public interest, from

[8] [1937] A.C. 368.

de la suspension ordonnée au niveau provincial, ce qui constitue aux termes du par. 238(3) une infraction au *Code*. En examinant cet aspect du par. 238(3), cette Cour a dit, dans l'arrêt *Mansour*, précité:

> Le paragraphe 234(1) décrit l'infraction sans faire allusion aux lois provinciales ni aux exigences provinciales en matière de permis de conduire. Il suffit qu'une personne ait la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur selon la définition du *Code*, à un moment où sa capacité de conduire est affaiblie, également selon la définition du *Code*. Il suffit de tenir compte des dispositions du *Code criminel* pour établir la portée de l'infraction. *Par contre, le par. 238(3) ne s'applique pas à moins qu'une province n'ait suspendu ou annulé le permis de conduire ou la licence de l'accusé.* (Les italiques sont de moi.) (à la p. 924)

Voici donc la question, le Parlement peut-il validement exercer son pouvoir en matière criminelle en vertu du par. 91(27) en érigeant en infraction, au moyen d'une disposition du *Code criminel* (ici le par. 238(3)), la violation d'une ordonnance de nature administrative ou judiciaire rendue aux termes d'une loi provinciale valide, sans qu'elle soit nécessairement reliée à la conduite qui a donné lieu à une telle ordonnance?

Bien sûr le Parlement ne peut empiéter sur le domaine propre de la législature provinciale en adoptant simplement l'apparence ou le masque du droit criminel en vertu du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.* précité. Comme lord Atkin l'a dit dans *A.G.B.C. v. A.G. Canada*[8], aux pp. 375 et 376:

> [TRADUCTION] La seule limitation des pouvoirs pléniers du Dominion dans la détermination de ce qui sera criminel ou non, c'est la condition que le Parlement ne doit pas, sous le couvert de légiférer réellement et essentiellement en matière criminelle, légiférer de façon à empiéter sur toute catégorie de sujets énumérés à l'art. 92. Le fait que cette législation y porte atteinte en fait ne constitue pas une objection. Si on tente réellement de modifier le droit criminel, les droits civils préexistants pourront évidemment être affectés. Ordinairement, les modifications au droit criminel ont pour but d'enlever aux citoyens le droit de faire ce que, sans cette modification, ils pourraient légalement faire. Sans doute, le pouvoir plénier conféré par l'art. 91(27) ne prive pas les provinces du droit qu'elles possèdent en vertu de l'art. 92(15) d'assortir de sanctions pénales la législation qui

[8] [1937] A.C. 368.

applying the criminal law generally to acts and omissions which so far are only covered by provincial enactments.

relève de leur propre compétence. D'autre part, rien ne semble empêcher le Dominion, s'il le juge à propos dans l'intérêt public, d'étendre la législation criminelle, de façon générale, aux actes et omissions qui, jusqu'à présent, ne tombent que sous l'application de lois provinciales.

See also *In re The Board of Commerce Act, 1919*[9], at pp. 198-9 *per* Viscount Haldane; and *Toronto Electric Commissioners v. Snider et al.*[10], at p. 408 *per* Viscount Haldane:

Voir également *In re The Board of Commerce Act, 1919*[9], aux pp. 198 et 199, le vicomte Haldane; et *Toronto Electric Commissioners v. Snider et al.*[10], à la p. 408, le vicomte Haldane:

It is obvious that these provisions dealt with civil rights, and it was not within the power of the Dominion Parliament to make this otherwise by imposing merely ancilary penalties. The penalties for breach of the restrictions did not render the statute the less an interference with civil rights in its pith and substance. The Act is not one which aims at making striking generally a new crime.

[TRADUCTION] Ces dispositions, cela est évident, relevaient des droits civils et le Parlement du Dominion n'a pas le pouvoir de changer cet état de choses par l'imposition de peines purement accessoires. Les sanctions imposées pour infraction aux restrictions n'en font pas moins que la loi constitue, dans son caractère véritable une ingérence dans les droits civils. La loi ne vise pas à faire un nouveau délit de la grève en général.

It is to be observed at once that here we have a situation wherein the province does not seek to subject the citizen to a quasi-penal punishment in the sense that the fine or imprisonment or other disadvantage is scaled to the nature of the offence, but rather, at least in the case where administrative action is taken in response to the non-payment of a provincial tax or fee under a provincial regulatory scheme, the imposition of the suspension is directed towards compelling payment of the fee rather than punishing an offence. Thus, we have the situation described in the opening sentence of the above excerpt from the judgment of Viscount Haldane. Here, the Dominion is criminalizing an action which may have been prohibited by the province only as a coercive measure to bring about the operation of a provincial plan, be it taxation or regulation.

Il faut remarquer tout de suite qu'ici, nous sommes dans une situation où la province ne cherche pas à assujettir les citoyens à une peine quasi pénale au sens où l'amende, l'incarcération ou une autre peine est mesurée d'après la nature de l'infraction; elle cherche plutôt, du moins lorsqu'il y a mesure administrative en raison du non-paiement d'une taxe ou d'un droit provincial prévu par un régime de réglementation provincial, à imposer une suspension pour forcer le paiement du droit plutôt que pour punir l'infraction. Il s'agit alors de la situation décrite dans la première phrase de l'extrait susmentionné des motifs du jugement du vicomte Haldane. En l'espèce, le Parlement fédéral érige en infraction criminelle un acte que la province interdit peut-être simplement comme mesure coercitive pour assurer le fonctionnement d'un programme provincial, qu'il s'agisse de taxation ou de réglementation.

The ambit of subs. (27) of s. 91 was discussed in this Court in a succession of three cases: *Re Dairy Industry Act (Margarine Reference)*[11]; *Goodyear Tire & Rubber Company of Canada Limited v. The Queen*[12] and *Lord's Day Alliance v. A.G.B.C.*

Cette Cour a examiné la portée du par. 91(27) dans trois arrêts successifs: *Re Dairy Industry Act (Renvoi sur la margarine)*[11]; *Goodyear Tire & Rubber Company of Canada Limited c. La Reine*[12] et *Lord's Day Alliance c. P.G.C.-B.* et

[9] [1922] 1 A.C. 191.
[10] [1925] A.C. 396.
[11] [1949] S.C.R. 1, aff. [1951] A.C. 179.
[12] [1956] S.C.R. 303.

[9] [1922] 1 A.C. 191.
[10] [1925] A.C. 396.
[11] [1949] R.C.S. 1, conf. par [1951] A.C. 179.
[12] [1956] R.C.S. 303.

et al.[13] The meaning of "criminal law" in subs. (27) assumes great importance because of the overriding interpretative requirement of construing the whole of ss. 91 and 92 so as to determine the balances and watersheds of jurisdiction of the plenary spheres of legislative authority in a federal union. Rand J. considered this as his starting point in the *Lord's Day* case, *supra*, at pp. 508-9:

> Undoubtedly criminal acts are those forbidden by law, ordinarily at least if not necessarily accompanied by penal sanctions, enacted to serve what is considered a public interest or to interdict what is deemed a public harm or evil. In a unitary state the expression would seem appropriate to most if not all such prohibitions; but in a federal system distinctions must be made arising from the true object, purpose, nature or character of each particular enactment.

In the *Margarine* case, *supra*, the Court was determining the true nature and character under the legislative allocation provisions of ss. 91 and 92 of the federally-imposed ban on the production and sale of margarine. Rand J., speaking for the Court, at p. 50 stated:

> Is the prohibition then enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law, but they do not appear to be the object of the parliamentary action here
>
> . . .
>
> The public interest in this regulation lies obviously in the trade effects: it is annexed to the legislative subject matter and follows the latter in its allocation to the one or other legislature. But to use it as a support for the legislation in the aspect of criminal law would mean that the Dominion under its authority in that field, by forbidding the manufacture or sale of particular products, could, in what it considered a sound trade policy, not only interdict a substantial part of the economic life of one section of Canada but do so for the benefit of that of another. Whatever the scope of the regulation of interprovincial trade, it is hard to conceive a more insidious form of encroachment on a complementary jurisdiction.

[13] [1959] S.C.R. 497.

autres[13]. La signification de «droit criminel» au par. (27) revêt beaucoup d'importance en raison de l'exigence qui s'impose d'interpréter l'ensemble des art. 91 et 92 afin de déterminer l'équilibre et la ligne de partage de compétence entre les pouvoirs législatifs pléniers dans une union fédérale. Le juge Rand a considéré que cette question était son point de départ dans l'arrêt *Lord's Day*, précité, aux pp. 508 et 509:

> [TRADUCTION] Il ne fait pas de doute que les actes criminels sont ceux qui sont interdits par la loi et qu'en général, sinon toujours, ils sont accompagnés de sanctions pénales et ainsi définis pour protéger ce que l'on considère comme l'intérêt public ou pour empêcher ce que l'on estime être un tort ou un mal public. Dans un État unitaire, cette expression pourrait s'appliquer à presque toutes les interdictions, mais, dans un régime fédéral, il convient de faire des distinctions selon l'objet, le but, la nature ou le caractère de chaque texte législatif.

Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, la Cour essayait de déterminer quels étaient, selon la répartition des pouvoirs législatifs aux art. 91 et 92, la nature et le caractère véritables de l'interdiction imposée par le fédéral sur la production et la vente de la margarine. Le juge Rand, qui parlait au nom de la Cour, a dit à la p. 50:

> [TRADUCTION] L'interdiction a-t-elle été établie dans un but de nature publique qui permettrait de la rattacher au droit pénal? La paix publique, l'ordre, la sécurité, l'hygiène, la moralité: telles sont quelques-unes des fins que sert cette loi; mais il ne s'agit pas là de l'objet de ce texte.
>
> . . .
>
> L'intérêt public relatif à cette réglementation repose manifestement dans les effets qu'elle a sur le commerce: elle est accolée à l'objet de la loi qu'elle suit selon que le pouvoir est accordé à l'une ou l'autre des législatures. Mais en faire le fondement de la loi dans le domaine du droit criminel signifierait qu'en interdisant la fabrication ou la vente de produits déterminés, le Parlement pourrait, en vertu de son pouvoir dans ce domaine, pour ce qu'il estime être de bonnes politiques commerciales, non seulement bloquer une partie importante de la vie économique d'une partie du Canada, mais le faire au profit d'une autre partie. Quelle que soit la portée de la réglementation du commerce interprovincial, il est difficile de concevoir une forme plus insidieuse d'empiétement sur un pouvoir complémentaire.

[13] [1959] R.C.S. 497.

This Court found such an enactment could not be supported by the criminal law head. In the *Goodyear* case, *supra*, Rand J. restated the test at p. 312, and then, referring to the then *Code* s. 498 (conspiracy to unduly lessen competition), applied the test at p. 313:

Here it is whether the purpose and object are to provide additional means for suppressing a public evil of the order of those recognizable by Parliament under head 27.

The recitation of such a general test is easier than is its application. As has been said in *Prue and Baril, supra*, it is not enough for Parliament "to add a sanction, without more, to a violation of a provincial penal statute" (*per* Laskin C.J.C. at p. 552); nor is nation-wide application itself sufficient to pass the test of validity under head 27 (*ibid* p. 551); nor is the requirement of *mens rea* by itself decisive for such is open to the provinces as well under s. 92(15) of the *B.N.A. Act, supra*. The use by Parliament of the general offence section (s. 115) of the *Code* to make criminal the breach of all federal edicts was likewise found wanting by the Chief Justice in *MacDonald and Railquip Enterprises v. Vapour Canada*[14] at pp. 145-6:

Assuming that s. 7(*e*) (as, indeed, the other subparagraphs of s. 7) proscribes anti-social business practices, and are thus enforceable under the general criminal sanction of s. 115 of the *Criminal Code* respecting disobedience of a federal statute, the attempt to mount the civil remedy of s. 53 of the *Trade Marks Act* on the back of the *Criminal Code* proves too much, certainly in this case. The principle which would arise from such a result would provide an easy passage to valid federal legislation to provide and govern civil relief in respect of numerous sections of the *Criminal Code* and would, in light of the wide scope of the federal criminal law power, debilitate provincial legislative authority and the jurisdiction of provincial Courts so as to transform our constitutional arrangements on legislative power beyond recognition.

This brings us back to the test in the *Margarine* case, *supra*, and to the real purpose of s. 238(3) of the *Code*. This Court found in *Mansour, supra*, at p. 925:

[14] [1977] 2 S.C.R. 134.

Cette Cour a jugé que la catégorie droit criminel ne pouvait justifier l'adoption d'une telle disposition législative. Dans l'arrêt *Goodyear*, précité, le juge Rand a reformulé le critère à la p. 312 puis, se référant à l'art. 498 du *Code* en vigueur à l'époque (complot pour restreindre indûment la concurrence), il l'a appliqué à la p. 313:

[TRADUCTION] Il s'agit de savoir ici si l'objet et le but sont de fournir des moyens supplémentaires de supprimer un mal public du genre de ceux qui relèvent de la compétence du Parlement en vertu du par. 27.

Il est plus facile d'énoncer un critère aussi général que de l'appliquer. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Prue et Baril*, précité, il ne suffit pas au Parlement «d'ajouter une sanction, sans plus, à la violation d'une loi pénale provinciale» (le juge en chef Laskin à la p. 552); le fait qu'elle soit applicable à travers le pays ne suffit pas non plus à satisfaire le critère de validité en vertu du par. 27 (*ibid* à la p. 551); la nécessité de la *mens rea* n'est pas non plus décisive en soi puisque les provinces peuvent également l'exiger en vertu du par. 92(15) de l'*A.A.N.B.*, précité. Dans l'arrêt *MacDonald et Railquip Enterprises c. Vapour Canada,*[14] le Juge en chef a conclu que l'utilisation par le Parlement de l'infraction générale prévue au *Code* (art. 115) pour ériger en infraction criminelle la violation de toutes les lois fédérales était insuffisante, aux pp. 145 et 146:

Même en présumant que l'al. *e*) de l'art. 7 (comme d'ailleurs les autres alinéas de l'art. 7) interdit des méthodes d'affaires antisociales susceptibles de la sanction générale prévue à l'art. 115 du *Code criminel* pour désobéissance à une loi fédérale, on dépasse vraiment les bornes en prétendant fonder sur le *Code criminel* le redressement civil prévu à l'art. 53 de la *Loi sur les marques de commerce*. Le principe qui en découlerait aurait pour conséquence d'ouvrir la voie toute large à la législation fédérale sur le redressement civil à l'égard de nombreux articles du *Code criminel* et, vu la vaste compétence fédérale en matière de droit criminel, affaiblirait l'autorité législative provinciale et la juridiction des tribunaux provinciaux de façon à transformer nos arrangements constitutionnels sur le partage des compétences au point de les rendre méconnaissables.

Cela nous ramène au critère formulé dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, et au but véritable du par. 238(3) du *Code*. Dans l'arrêt *Mansour*, précité, cette Cour a jugé, à la p. 925:

[14] [1977] 2 R.C.S. 134.

One of the apparent purposes, if not the principal purpose, behind s. 238(3) is to give national effect to provincial licence suspensions, that is to extend extra-territorially the impact of the provincial suspension action.

and on the next page:

Another purpose of the subsection might be the addition of criminal sanctions to the provincial penalty for violations of the driving suspensions.

There may, of course, be a number of purposes underlying this *Code* section. Some may be revealed by the nature of the provincial suspension provisions which we have already examined. Perhaps others may be revealed by an examination of the consequences of the application of s. 238 to a provincial action under the revocation authorities. All of this leads one very far away from the original provincial act of suspension in certain instances. The root difficulty with the *Code* provision in its present form comes more sharply into focus if one were to revise the *Mansour* circumstances to include a situation where the driving while under suspension occurred in a second province (that is a province other than the licensor province) which did not ordain a suspension in the circumstances which arose in the licensing province: what is the link to criminality in the conduct of the driver in the second province; and, more acutely, what is the interest of the latter community in the condemnation of such a driver by means of criminal proceedings? What is condemned by Parliament as criminal, and thereby interdicted, in these circumstances? It cannot be the original conduct in the licensing province in the example just given for such a standard was not in effect in the place of the alleged driving offence.

Where a state of the United States has adopted "like legislation" recognized by the licensing province but not by the province in which the offence allegedly occurred, the element of "public purpose ... in relation to criminal law" (in the words of this Court in the *Margarine* judgment, *supra*) is difficult to discern. The isolation of the purpose of subs. (3) of s. 238 becomes more difficult with the repeal of subs. (1) for a combination of an order under subs. (1) and driving while a licence is suspended under subs. (3) had a real relationship to criminal law. Furthermore, if the federal prohi-

L'un des buts évidents, sinon le principal, du par. 238(3) est de donner une portée nationale aux suspensions de permis de conduire provinciaux, c.-à-d. de donner une portée extra-territoriale à la suspension provinciale.

et à la page suivante:

Il se peut que l'article vise aussi à ajouter des sanctions criminelles à la pénalité provinciale pour violation de la suspension de permis de conduire.

Bien sûr, cet article du *Code* peut viser plusieurs buts. La nature des dispositions provinciales relatives à la suspension que nous avons déjà examinées peut nous en révéler certains. Un examen des conséquences de l'application de l'art. 238 à l'action provinciale en vertu des pouvoirs de révocation peut peut-être nous en révéler d'autres. Tout cela nous amène bien loin de la loi provinciale initiale qui prescrit la suspension dans certains cas. La difficulté principale que présente la disposition du *Code* dans son texte actuel ressort davantage si l'on modifie les faits de l'affaire *Mansour* pour qu'ils comprennent la situation où l'accusé dont le permis est suspendu, conduit un véhicule dans une seconde province (c.-à-d. autre que celle qui a délivré le permis) qui n'impose pas de suspension dans les circonstances qui se sont produites dans la province qui a délivré le permis: quel rapport les actes du conducteur dans la seconde province ont-ils avec la criminalité; plus exactement, quel intérêt cette seconde collectivité a-t-elle à condamner ce conducteur au moyen de procédures criminelles? Que condamne et par le fait même interdit le Parlement comme acte criminel dans ces circonstances? Ce ne peut être la conduite initiale dans la province qui a délivré le permis dans l'exemple ci-dessus parce qu'une telle règle n'était pas en vigueur à l'endroit de l'infraction alléguée.

Lorsqu'un état américain a adopté «une loi du même genre» reconnue par la province qui a délivré le permis, mais non par la province où l'infraction aurait été commise, l'élément du «but de nature public ... rattaché au droit pénal» (pour reprendre les mots de cette Cour dans le *Renvoi sur la margarine*, précité) est difficile à discerner. Il devient plus difficile d'isoler le but du par. 238(3) depuis l'abrogation du par. (1), car la réunion de l'ordonnance rendue en vertu du par. (1) et de la conduite d'un véhicule alors que le permis était suspendu en vertu du par. (3) avait un

bition were limited to suspensions brought about by a conviction under specified or unspecified *Code* provisions, the link to public order and safety would be more apparent. In its current condition, the section creates an offence to drive anywhere in Canada during a disqualification of one's driver's licence by any province for any reason related or unrelated to the use of highways and streets.

The potential complications flowing from this legislation are as inviting of study as they are unproductive in the search for the correct constitutional classification of s. 238(3). One last such example: if the second province, not recognizing the grounds for suspension invoked in the first province's statute, were to issue a licence to the suspended driver, would the exercise of such licence in a third province with reciprocal recognition by statute of the licences of each of the first and second provinces, be an offence under s. 238? Much more to the point is the question: Can it be a valid exercise of the criminal law interest of Parliament to add penal consequences to a provincial suspension order directed to the more efficient administration of a provincial taxation scheme? The difficulty is that there may be circumstances (some of which have already been indicated) where the community interest in safety on the road attracts a proper exercise of legislative authority in the field of criminal law. Especially true is the opposite proposition, namely that there can be no readily discernible community interest in the criminalization of the administration of a wholesale or retail licensing system. Unfortunately, s. 238 is, on this aspect, wholly inarticulate. There is nothing to sever so as to preserve that which may be constitutionally proper. Nor can the principle of "reading down" be applied as this would entail a scrutiny in each trial of the original disqualification procedure, which may not, as in the *Akey* case, *supra,* be before the Court hearing the charge under s. 238(3).

rapport réel avec le droit criminel. De plus, si l'interdiction fédérale ne visait que les suspensions résultant d'une déclaration de culpabilité en vertu de dispositions déterminées au indéterminées du *Code*, le rapport avec l'ordre public et la sécurité serait plus évident. Dans son texte actuel, l'article érige en infraction le fait de conduire au Canada parce qu'une province a retiré au conducteur son permis pour une raison reliée ou non à l'utilisation des routes et des rues.

Les complications qui peuvent découler de ce texte de loi sont une incitation à l'étude autant qu'elles sont inutiles à la recherche de la bonne classification constitutionnelle du par. 238(3). Voici un dernier exemple: si, n'admettant pas les motifs de suspension prévus dans la Loi de la première province, la deuxième province délivrait un permis au conducteur dont le permis a été suspendu, l'utilisation de ce permis dans une troisième province dont une loi de réciprocité reconnaît les permis délivrés par la première et la deuxième provinces, serait-elle une infraction aux termes de l'art. 238? La question suivante est encore plus appropriée: Est-ce un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel que d'ajouter des conséquences pénales à une ordonnance de suspension provinciale qui vise l'administration plus efficace d'un régime provincial de taxation? La difficulté est qu'il peut y avoir des situations (dont certaines ont déjà été mentionnées) où l'intérêt de la collectivité dans la sécurité routière se prête à un exercice approprié du pouvoir législatif dans le domaine du droit criminel. La proposition contraire est particulièrement vraie, savoir qu'il ne peut y avoir d'intérêt collectif réellement perceptible à rattacher au domaine criminel l'administration d'un système de permis de vente en gros ou au détail. Malheureusement, l'art. 238 est tout à fait muet sur cet aspect. Rien ne peut être retranché pour permettre de conserver ce qui peut être constitutionnel. On ne peut non plus appliquer le principe d'une «interprétation atténuée» puisque cela nécessiterait dans chaque procès un examen minutieux de la procédure de retrait utilisée, laquelle, comme dans l'arrêt *Akey*, précité, peut ne pas avoir été soumise à la Cour qui connaît de l'accusation portée en vertu du par. 238(3).

This difficulty was recognized by Turcotte D.C.J. in *R. v. Gaehring*[15], at pp. 191-2 (decided when subs. (1) was still in s. 238) where he observed that driving during the period of suspension of licence ordered by a court as part of the punishment for an offence against a *Code* provision or a provincial statute was a serious matter and "amounts to a contempt of the decision of the Court". Later in the judgment the judge observed:

> On the other hand, if it had been proved before me that this was a suspension as a result of a failure to provide proof of financial responsibility, perhaps I would have taken a different view of the matter. (at p. 192)

Unfortunately, the *Code* makes no such distinction, and as a practical matter, the trial judge will not always be able to discern the type of conduct which underlay the provincial suspension.

The appellant makes the further submission that s. 238(3) must fall as being an unconstitutional interdelegation of legislative authority by Parliament to the provincial legislature. This is an analysis which asserts that Parliament has authorized the provincial legislature to establish any scheme for disqualification of licence certain in the knowledge that, by an ever-present piggy-back device, the violation of the provincial suspension will be an offence under the *Criminal Code*. The submission may be attractive, but on the view I take of the proper reach of the criminal power under subs. (27) of s. 91, it is not necessary to determine this issue.

I therefore conclude that s. 238(3) is *ultra vires* Parliament and the appeal should be allowed and the conviction of the appellant set aside.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Julius Melnitzer, London.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

[15] (1956), 20 W.W.R. 189.

Dans *R. v. Gaehring*[15], aux pp. 191 et 192 (décision antérieure à l'abrogation du par. 238(1)), le juge Turcotte de la Cour de district a reconnu l'existence de cette difficulté et a fait remarquer que la conduite d'un véhicule pendant une suspension de permis qu'une cour a imposée comme partie de la peine pour une infraction à une disposition du *Code* ou à une loi provinciale est une chose grave et [TRADUCTION] «équivaut à un outrage à la décision de la cour». Plus loin dans sa décision, le juge a fait remarquer:

> [TRADUCTION] Par ailleurs, si on m'avait apporté la preuve que la suspension résultait de l'incapacité de démontrer la solvabilité, j'aurais peut-être adopté une opinion différente. (à la p. 192.)

Malheureusement, le *Code* ne fait pas de distinction semblable et, en pratique, le juge du procès ne sera pas toujours en mesure de discerner le type d'actes qui ont provoqué la suspension provinciale.

L'appelant prétend de plus que le par. 238(3) doit être abrogé puisqu'il constitue une délégation inconstitutionnelle du pouvoir législatif du Parlement aux législatures provinciales. Cette analyse affirme que le Parlement a permis à la législature provinciale d'établir un système de retrait des permis, étant convaincu que la violation de la suspension provinciale serait, par un remorquage permanent, une infraction au *Code criminel*. C'est là peut-être une allégation intéressante mais, compte tenu de mon opinion sur la portée du pouvoir en matière criminelle en vertu du par. 91(27), il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

Je conclus donc que le par. 238(3) est *ultra vires* du Parlement; je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité de l'appelant.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Julius Melnitzer, London.

Procureur de l'intimée: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

[15] (1956), 20 W.W.R. 189.

Nissan Automobile Company (Canada) Ltd. and Elegant Motors Inc. (*Applicants*) *Appellants*;

and

Serge Pelletier *Respondent*;

and

Provincial Court, Access to Justice Division, City of Longueuil

and

Mr. Justice Gérard P. Laganière

and

Clerk of the Provincial Court, Access to Justice Division

and

The Bar of Quebec

and

The Attorney General of the Province of Quebec *Mis en cause.*

1981: February 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Procedure — Small Claims Division of the Provincial Court — Whether constitutional to exclude representation by Counsel — Code of Civil Procedure, arts. 955, 956, 985.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec[1], dismissing an appeal from a judgment of the Superior Court[2] which had dismissed a motion for revision under s. 846 *C.C.P.* from a judgment of the presiding judge of the Small Claims Division of the Provincial Court. Appeal dismissed.

[1] (1980), 97 D.L.R. 277.
[2] [1976] S.C. 296.

Automobiles Nissan du Canada Ltée et Elegant Moteurs Inc. (*Requérantes*) *Appelantes*;

et

Serge Pelletier *Intimé*;

et

La Cour provinciale, Division d'accès à la justice, localité de Longueuil

et

M. le juge Gérard P. Laganière

et

Le greffier de la Cour provinciale, Division d'accès à la justice

et

Le Barreau du Québec

et

Le procureur général de la province de Québec *Mis en cause.*

1981: 4 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Procédure — Division des petites créances de la Cour provinciale — Constitutionnalité de l'exclusion de la représentation par avocat — Code de procédure civile, art. 955, 956, 985.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a rejeté un appel du jugement de la Cour supérieure[2] qui avait rejeté une requête en révision selon l'art. 846 *C.p.c.* d'un jugement rendu par un juge présidant la division de recouvrement des petites créances de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

[1] (1980), 97 D.L.R. 277.
[2] [1976] C.S. 296.

Kelvin J. MacDougall, Q.C., for the applicants, appellants.

David Appel, for the respondent.

Henri Brun and *Odette Laverdière*, for the mis en cause, the Provincial Court, Mr. Justice Laganière, the Clerk of the Provincial Court and the Attorney General of the Province of Quebec.

Viateur Bergeron, Q.C., and *Richard Gaudreau*, for the mis en cause, the Bar of Quebec.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that this appeal fails. The respondent was not called upon to answer the appeal with respect to the jurisdiction of the Small Claims Division of the Provincial Court of Quebec. As to the constitutional question reading as follows:

> Is it competent for the National Assembly of Quebec to exclude representation by Counsel before the Small Claims Division of the Quebec Provincial Court pursuant to articles 955, 956 and 985 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, S.Q. 1965, c. 80, as amended by L.Q. 1971, c. 86, L.Q. 1975, c. 83, art. 57 and L.Q. 1977, c. 73, art. 36?

we do not accept the contentions of counsel for the appellants and counsel for the Bar of Quebec. Accordingly, we answer the constitutional question in the affirmative.

The respondent is entitled to his costs throughout. There will be no costs to or against the Bar of Quebec or the Attorney General of Quebec.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Bronstetter, Wilkie, Penhale, Donovan, Giroux & Charbonneau, Montréal.

Solicitors for the respondent: Appel, Golfman, Lehrer & Castonguay, Montréal.

Solicitors for the Attorney General for Quebec: Henri Brun, Louis Crête and Odette Laverdière, Quebec.

Solicitors for the Bar of Quebec: Bergeron & Gaudreau, Hull, and Bergeron, Cain, Lamarre, Casgrain & Wells, Chicoutimi.

Kelvin J. MacDougall, c.r., pour les requérantes, appelantes.

David Appel, pour l'intimé.

Henri Brun et *Odette Laverdière*, pour les mis en cause, la Cour provinciale, le juge Laganière, le greffier de la Cour provinciale et le procureur général de la province de Québec.

Viateur Bergeron, c.r., et *Richard Gaudreau*, pour le mis en cause, le Barreau du Québec.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis que ce pourvoi échoue. L'intimé n'a pas été appelé à faire valoir son point de vue sur la compétence de la Division des petites créances de la Cour provinciale du Québec. Quant à la question constitutionnelle que voici:

> L'Assemblée nationale du Québec a-t-elle compétence pour exclure la représentation par avocat devant la Division des petites créances de la Cour provinciale du Québec en vertu des articles 955, 956 et 985 du Code de procédure civile, S.Q. 1965, chap. 80, modifié par L.Q. 1971, chap. 86, L.Q. 1975, chap. 83, art. 57 et L.Q. 1977, chap. 73, art. 36?

nous n'acceptons pas les prétentions des avocats respectifs des appelantes et du Barreau du Québec. En conséquence, nous répondons à la question constitutionnelle par l'affirmative.

L'intimé a droit à ses dépens dans toutes les cours. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens à l'égard du Barreau du Québec et du procureur général du Québec.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelantes: Bronstetter, Wilkie, Penhale, Donovan, Giroux & Charbonneau, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Appel, Golfman, Lehrer & Castonguay, Montréal.

Procureurs du procureur général du Québec: Henri Brun, Louis Crête et Odette Laverdière, Québec.

Procureurs du Barreau du Québec: Bergeron & Gaudreau, Hull, et Bergeron, Cain, Lamarre, Casgrain & Wells, Chicoutimi.

Serge Vaillancourt *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*;

and

Evans Ward *Accused.*

1980: December 16; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC.

Criminal law — Refusal of a child to testify — Conviction for contempt of court — Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 8, 28 — Criminal Code, ss. 8, 9.

Appellant, who was then fifteen years old, was called as a witness in the trial of the accused before a judge and twelve jurors. As a result of his refusal to testify, the judge of the Superior Court, criminal side, hearing the case, sentenced him to two months' detention. The judge had previously dismissed the preliminary objection regarding his jurisdiction *ratione personae*: appellant argued that he was a child within the meaning of the *Juvenile Delinquents Act*, and that his case could only be heard by a judge of the Youth Court. The Court of Appeal upheld the judgment: hence the appeal to this Court.

Held: The appeal should be dismissed.

It was admitted that if the refusal by the child to testify constituted a *Criminal Code* offence, the Youth Court had sole jurisdiction. However, in the case at bar, no charge was laid against appellant for a breach of any provision of the *Criminal Code* or for any other offence making him liable to be committed to an industrial school or juvenile reformatory. Appellant was not prosecuted under s. 8 of the *Juvenile Delinquents Act*. As he pointed out himself, the judge acted in accordance with the inherent power of the Court to impose penalties for contempt committed "in the face" of the Court. In the case at bar, the judge was exercising this power by imposing a penalty for the refusal by appellant to testify, and the power may be exercised even with respect to a witness covered by the *Juvenile Delinquents Act*.

Re Gerson, Re Nightingale, [1946] S.C.R. 538; *R. v. Almon* (1765), 97 E.R. 94; *In re Johnson* (1887), 20

Serge Vaillancourt *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*;

et

Evans Ward *Prévenu.*

1980: 16 décembre; 1981: 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Refus de témoigner d'un enfant — Condamnation pour outrage au tribunal — Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 8, 28 — Code criminel, art. 8, 9.

L'appelant, alors âgé de quinze ans, a été appelé à rendre témoignage au procès du prévenu devant un juge et douze jurés. Par suite de son refus de témoigner, le juge de la Cour supérieure, chambre criminelle, qui présidait le procès l'a condamné à deux mois de détention. Le juge avait auparavant rejeté l'objection préliminaire quant à la compétence *ratione personae*: l'appelant prétendait qu'il était un enfant au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants* et qu'il ne pouvait être jugé que par un juge du Tribunal de la jeunesse. La Cour d'appel confirma jugement: d'où le pourvoi à cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il est admis que si le refus de témoigner de l'enfant constitue une infraction au *Code criminel*, seul le Tribunal de la jeunesse a juridiction. Toutefois, en l'espèce, aucune accusation n'a été portée contre l'appelant pour une infraction à une disposition du *Code criminel* ou pour quelqu'autre infraction le rendant passible de détention dans une école industrielle ou dans une maison de correction pour les jeunes délinquants. L'appelant n'a pas été traduit devant la cour au sens de l'art. 8 de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Le juge, comme il l'a lui-même indiqué, a procédé en vertu du pouvoir inhérent à la cour d'imposer des sanctions pour un outrage commis «en présence» ou «en face» du tribunal. C'est dans l'exercice de ce pouvoir que le juge a imposé en l'espèce une peine pour le refus de témoigner de la part de l'appelant, pouvoir qui peut s'exercer même à l'encontre d'un témoin visé par la *Loi sur les jeunes délinquants*.

Jurisprudence: *Re Gerson, Re Nightingale*, [1946] R.C.S. 538; *R. v. Almon* (1765), 97 E.R. 94; *In re*

Q.B. 68; *Morris v. The Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *In the matter of Lewis Duncan*, [1958] S.C.R. 41, referred to; *Re B.* (1976), 30 C.C.C. (2d) 524, applied; *Simard v. Corriveau*, No. 200-38-000-003-765, judgment of the Superior Court of Quebec, unpublished, Oct. 12, 1976, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec, affirming a conviction for contempt of court by a judge of the Superior Court, criminal side. Appeal dismissed.

Guy Roy, for the appellant.

Paul Chevalier, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—Appellant, who was then fifteen years old, a child within the meaning of the *Juvenile Delinquent Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, was given two months' detention for contempt of court as a result of his refusal to testify.

The question is whether the judge of the Superior Court, criminal side, could impose such a penalty or whether appellant should have been tried in the Social Welfare Court, now the Youth Court.

Counsel for the appellant submitted the following summary, which counsel for the respondent described as "scrupulously in accordance with the facts":

[TRANSLATION] On November 22, 1976 appellant, Serge Vaillancourt, was convicted of contempt of Court by Jean Moisan, J.S.C., as a result of his refusal to answer certain questions put to him by counsel for the prosecution and the judge during his testimony in the case of Evans Ward.

Mr. Evans Ward was charged with rape and tried before a judge and twelve jurors in the district of Mingan. Appellant was called as a witness by the Crown counsel and asked to testify concerning events involving Mr. Ward. When he appeared in court, appellant answered a number of questions put by the Crown counsel. However, at some point, appellant refused to answer any more questions. In view of this situation, Jean Moisan, J.S.C. cited appellant for contempt of court and deferred the hearing on this contempt to October 28, 1976, to allow appellant to obtain counsel.

Johnson (1887), 20 Q.B. 68; *Morris v. The Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *In the matter of Lewis Duncan*, [1958] R.C.S. 41; *Re B.* (1976), 30 C.C.C. (2d) 524, arrêt appliqué; *Simard c. Corriveau*, nº 200-38-000-003-765, jugement de la Cour supérieure du Québec, inédit, le 12 oct. 1976, arrêt appliqué.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant une condamnation pour outrage au tribunal par un juge de la Cour supérieure, chambre criminelle. Pourvoi rejeté.

Guy Roy, pour l'appelant.

Paul Chevalier, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'appelant, alors âgé de quinze ans, un enfant au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3, s'est vu imposer deux mois de détention pour outrage au tribunal par suite de son refus de témoigner.

La question est de savoir si le juge de la Cour supérieure, chambre criminelle, pouvait imposer une telle sanction ou si l'appelant devait plutôt être traduit devant la Cour de bien-être social, maintenant le Tribunal de la jeunesse.

Le procureur de l'appelant fait le résumé suivant que le procureur de l'intimée qualifie de «scrupuleusement conforme aux faits»:

Le 22 novembre 1976, l'appelant, Serge Vaillancourt, a été reconnu coupable d'outrage au tribunal par l'Honorable Juge Jean Moisan, J.C.S., suite à son refus de répondre à certaines questions qui lui étaient posées par le procureur de la Couronne et le Juge au cours de son témoignage dans la cause de Evans Ward.

Monsieur Evans Ward était accusé de viol et subissait son procès devant un juge et douze jurés dans le district de Mingan. L'appelant avait été assigné comme témoin par le Substitut du Procureur Général et devait rendre témoignage concernant des événements impliquant Monsieur Ward. Lors de sa comparution devant la Cour, l'appelant a répondu à un certain nombre de questions posées par le Substitut du Procureur Général. Cependant, après un certain temps, l'appelant a refusé de continuer à répondre aux questions. Devant cette situation, l'Honorable Juge Jean Moisan, J.C.S., a cité l'appelant pour outrage au tribunal et a reporté l'audition sur cet outrage au 28 octobre 1976, afin de permettre à l'appelant de se constituer un procureur.

On October 28, 1976 appellant appeared before Jean Moisan J.S.C., accompanied by his counsel, to be tried on the charge of contempt of court. At this appearance counsel for the appellant raised a preliminary objection to the honourable trial judge's jurisdiction *ratione personae*. This objection was debated at length and the judgment on the objection handed down on November 22, 1976.

Finally, on November 22, 1976 the trial judge rendered judgment on the objection made by counsel for the appellant and dismissed the latter's arguments regarding his jurisdiction *ratione personae*.

Following this dismissal appellant was convicted of contempt of court and representations were made on either side as to his sentence.

As a result of the representations on sentencing, appellant was ordered to serve two (2) months in prison, with a recommendation that this sentence be served at the Foyer Richelieu in the Town of Hauterive, an institution specializing in youth below the age of eighteen (18).

Appellant's argument is that as he is a child within the meaning of the *Juvenile Delinquents Act*, his case could only be heard by a judge of the Youth Court. He maintained that his refusal to testify constitutes a criminal offence, one that is covered by the definition of juvenile delinquent. Accordingly, under s. 8(1) of the *Juvenile Delinquents Act*, and aside from the exception in s. 9 authorizing referral to the ordinary courts, he can only be tried before the Youth Court.

Section 2(1) of the *Juvenile Delinquents Act* defines juvenile delinquent as follows:

"Juvenile delinquent" means any child who violates any provision of the *Criminal Code* or of any federal or provincial statute, or of any by-law or ordinance of any municipality, or who is guilty of sexual immorality or any similar form of vice, or who is liable by reason of any other act to be committed to an industrial school or juvenile reformatory under any federal or provincial statute.

Respondent admitted that the Youth Court has sole jurisdiction if, as appellant maintained, his refusal to testify made him a "child who violates

Le 28 octobre 1976, l'appelant a comparu devant l'Honorable Juge Jean Moisan, accompagné de son procureur, afin de subir son procès sur l'accusation d'outrage au tribunal. Dès cette comparution, le procureur de l'appelant a soulevé une objection préliminaire quant à la compétence *ratione personae* de l'Honorable Juge de première instance. Cette objection a été longuement argumentée et le jugement sur cette objection a été remis au 22 novembre 1976.

Enfin, le 22 novembre 1976, l'Honorable Juge de première instance rendait jugement sur l'objection présentée par le procureur de l'appelant et rejetait les prétentions de ce dernier quant à sa compétence *ratione personae*.

Suite à ce rejet, l'appelant a été reconnu coupable d'outrage au tribunal et des représentations de part et d'autre ont été faites quant à la sentence.

Suite aux représentations sur la sentence, l'appelant a été condamné à deux (2) mois de prison avec recommandation que cette sentence soit purgée au Foyer Richelieu de la Ville d'Hauterive, institution spécialisée pour les jeunes de moins de dix-huit (18) ans.

La prétention de l'appelant est qu'étant un enfant au sens de la *Loi sur les jeunes délinquants*, il ne pouvait être jugé que par un juge du Tribunal de la jeunesse. Il soutient que son refus de témoigner constitue un acte criminel et une infraction visée par la définition du jeune délinquant. Aux termes du par. 1 de l'art. 8 de la *Loi sur les jeunes délinquants* et sauf l'exception prévue à l'art. 9 qui permet son renvoi devant les cours ordinaires, il ne peut donc être traduit que devant le Tribunal de la jeunesse.

Le paragraphe 1 de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes délinquants* définit le jeune délinquant comme suit:

«Jeune délinquant» signifie un enfant qui commet une infraction à quelqu'une des dispositions du *Code criminel* ou d'un statut fédéral ou provincial, ou d'un règlement ou ordonnance d'une municipalité, ou qui est coupable d'immoralité sexuelle ou de toute forme semblable de vice, ou qui, en raison de toute autre infraction, est passible de détention dans une école industrielle ou maison de correction pour les jeunes délinquants, en vertu d'un statut fédéral ou provincial.

L'intimée reconnaît que seul le Tribunal de la jeunesse a juridiction si, comme le prétend l'appelant, son refus de témoigner fait de lui «un enfant

any provision of the *Criminal Code* . . ." within the meaning of this subsection, or in the French version of the same subsection "*un enfant qui commet une infraction à quelqu'une des dispositions du Code criminel* . . .".

However, respondent submitted that appellant's sentence did not result from a conviction for a *Criminal Code* offence, or any other offence, but from the inherent power of the Court [TRANSLATION] "to punish any action likely to detract from the respect due to the Court or interfere with the administration of justice".

The power enjoyed by a court at common law to impose a penalty for contempt of court was preserved when, in 1953-54, the *Criminal Code* was amended to abolish common law offences. It is contained in s. 8 *Cr. C.*, which reads as follows:

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.

As the trial judge observed:

[TRANSLATION]The first point to be noted from reading this section is that the legislator makes a very clear distinction between an offence contained in the Criminal Code or in an Act or ordinance in force, and the power, jurisdiction or authority of a Court to impose a penalty for contempt of court. He has accordingly created a very clear distinction between offences and crimes on the one hand, and the power to impose a penalty for contempt of court on the other.

There is no question that the refusal to be sworn or testify constitutes a contempt of court committed "in the face" of the Court according to the

qui commet une infraction à quelqu'une des dispositions du *Code criminel* . . .» au sens de ce paragraphe, ou suivant la version anglaise du même paragraphe «*[a] child who violates [a] provision of the Criminal Code* . . .».

L'intimée soumet cependant que la condamnation de l'appelant ne procède pas d'une déclaration de culpabilité pour une infraction au *Code criminel*, ni pour quelqu'autre infraction, mais procède du pouvoir inhérent à la cour «de réprimer une action quelconque susceptible d'attenter au respect qu'on lui doit ou de contrecarrer le cours de la justice.»

Le pouvoir reconnu en *common law* qu'a une cour d'imposer une peine pour outrage au tribunal a été conservé lorsqu'en 1953-54, le *Code criminel* a été modifié pour supprimer les infractions en *common law*. C'est l'art. 8 *C. cr.* qui se lit comme suit:

8. Nonobstant toute disposition de la présente loi ou de quelqu'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.

Comme l'écrit le juge de première instance:

La première constatation qui s'impose à la lecture de cet article est que le Législateur fait une distinction très nette entre une infraction prévue au Code criminel ou par une Loi ou ordonnance en vigueur, et le pouvoir, la juridiction ou l'autorité d'une Cour d'imposer une peine pour outrage au Tribunal. Il a donc voulu créer une distinction très nette entre d'une part les infractions ou crimes, et d'autre part, le pouvoir d'imposer une peine pour outrage au Tribunal.

Il ne fait pas de doute que le refus de se faire assermenter ou de témoigner constitue un outrage au tribunal commis «en présence» ou «en face» du

wording of the *Criminal Code* (s. 9). See *Re Gerson, Re Nightingale*[1].

There is no question in the case at bar that the contempt of court was committed "in the face" of the Court.

It is possible that appellant could have been charged with disobeying an order of the Court under s. 116 *Cr.C.*, or with obstructing justice under s. 127, and that in such a case only the Youth Court would have had jurisdiction, in accordance with the *Juvenile Delinquents Act*. However, it is not necessary to decide this point because that is not the case.

No charge was laid against appellant for a breach of any provision of the *Criminal Code* or of any federal or provincial statute, or of any by-law or ordinance of any municipality, ... or for any other offence making him liable to be committed to an industrial school or juvenile reformatory. Appellant was not prosecuted under s. 8 of the *Juvenile Delinquents Act*. As he pointed out himself, the judge hearing the case at bar acted in accordance with the inherent power of the Court to impose penalties for contempt committed "in the face" of the Court.

In *Re Gerson, Re Nightingale, supra*, Kerwin J., as he then was, commenting on ss. 165 and 180 *Cr. C.*, now ss. 116 and 127 respectively, said for the Court at p. 549:

> The argument on this point was that the applicant could be prosecuted under either of these sections and that these proceedings being available the right of the Court to punish for a contempt had been abrogated. Without deciding whether either of these sections would apply in the circumstances, we are of opinion that even if that were so it is a necessary incident to every superior Court of justice to imprison for a contempt of Court committed in the face of it.

This inherent power has been recognized for

[1] [1946] S.C.R. 538.

tribunal, suivant les deux expressions que l'on retrouve dans le *Code criminel* (art. 9). Voir *Re Gerson, Re Nightingale*[1].

Il n'est question dans la présente cause que de l'outrage au tribunal commis «en présence» ou «en face» du tribunal.

Il est possible que l'appelant eût pu être accusé de désobéissance à un ordre de la cour en vertu de l'art. 116 *C. cr.*, ou d'entrave à la justice en vertu de l'art. 127 et qu'en pareil cas, seul le Tribunal de la jeunesse ait eu juridiction aux termes de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Il n'est toutefois pas nécessaire d'en décider car ce n'est pas le cas.

Aucune accusation n'a été portée contre l'appelant pour une infraction à quelqu'une des dispositions du *Code criminel* ou d'un statut fédéral ou provincial, ou d'un règlement ou ordonnance d'une municipalité, ... ni pour quelqu'autre infraction le rendant passible de détention dans une école industrielle ou maison de correction pour les jeunes délinquants. L'appelant n'a pas été traduit devant la Cour au sens de l'art. 8 de la *Loi sur les jeunes délinquants*. Comme il l'a lui-même indiqué, le juge en l'espèce a procédé en vertu du pouvoir inhérent à la cour d'imposer des sanctions pour un outrage commis «en présence» ou «en face» du tribunal.

Dans *Re Gerson, Re Nightingale, précité*, le juge Kerwin, plus tard juge en chef, commentant les art. 165 et 180 *C. cr.*, devenus respectivement les art. 116 et 127 actuels, écrivait au nom de la Cour à la p. 549:

> [TRADUCTION] On allègue sur ce point que le requérant peut être poursuivi en vertu de l'un ou l'autre de ces articles et que, vu l'existence de cette possibilité, la Cour n'a plus le droit d'imposer de sanctions pour outrage. Sans nous prononcer sur l'application de ces articles en l'espèce, nous sommes d'avis que, même s'ils étaient applicables, toute cour supérieure de justice a le pouvoir inhérent de punir par l'emprisonnement un outrage commis en sa présence.

Ce pouvoir inhérent est reconnu depuis plusieurs

[1] [1946] R.C.S. 538.

several hundred years. In *R. v. Almon*[2], Wilmot J. expressed the following opinion at p. 99:

The power which the Courts in Westminster Hall have of vindicating their own authority, is coeval with their first foundation and institution; it is a necessary incident to every court of Justice, whether of record or not, to fine and imprison for a contempt to the Court, acted in the face of it, 1 Vent. 1. And the issuing of attachments by the Supreme Courts of Justice in Westminster Hall, for contempts out of Court, stands upon the same immemorial usage as supports the whole fabrik of the common law; it is as much as the "lex terrae", and within the exception of Magna Charta, as the issuing any other legal process whatsoever.

In *In re Johnson*[3], Bowen J. of the British Court of Queen's Bench observed at p. 74:

The law has armed the High Court of Justice with power and imposed on it the duty of preventing *brevi manu* and by summary proceedings any attempt to interfere with the administration of justice.

In *Morris v. The Crown Office*[4], Lord Denning noted at p. 1081:

The phrase "contempt in the face of the Court" has a quaint old-fashioned ring about it: but the importance of it, is this: of all places where law and order must be maintained, it is here, in these courts. The course of Justice must not be deflected or interfered with. Those who strike at it, strike at the very foundations of our society. To maintain law and order, the judges have, and must have, power at once to deal with those who offend against it. It is a great power—a power instantly to imprison a person without a trial—but it is a necessary power. So necessary indeed that until recently the judges exercised it without any appeal.

In *In the matter of Lewis Duncan*[5], Kerwin C.J., speaking for the Court, said at p. 43:

The objection taken by Mr. Duncan to our jurisdiction to cite him for contempt has no foundation. By the provisions of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1952, c. 529, this Court is a common law and equity Court of record and its power to cite and, in proper circumstances, find a barrister guilty of contempt of Court for words uttered in its presence is beyond question. That

[2] (1765), 97 E.R. 94.
[3] (1887), 20 Q.B. 68.
[4] [1970] 1 All E.R. 1079.
[5] [1958] S.C.R. 41.

siècles. Dans *R. v. Almon*[2], le juge Wilmot exprime l'opinion suivante à la p. 99:

[TRADUCTION] Le pouvoir qu'ont les cours de Westminster Hall de faire respecter leur autorité remonte à leur création; toute cour de justice, que ce soit une cour d'archives ou non, a le pouvoir inhérent de punir par l'amende et l'emprisonnement un outrage commis en sa présence, 1 Vent. 1. Et la délivrance de brefs de contrainte par corps par les cours suprêmes de justice de Westminster Hall, pour outrages commis hors la présence du tribunal, repose sur l'usage immémorial même qui sert de structure à la *common law*; elle relève tout autant de la «*lex terrae*», et de l'exception de la *Grande Charte*, que la délivrance de tout autre bref.

Dans *In re Johnson*[3], le juge Bowen de la Cour du Banc de la Reine d'Angleterre écrit à la p. 74:

[TRADUCTION] La loi a muni la Haute Cour de justice du pouvoir et lui a imposé le devoir d'empêcher directement et par voie de procédures sommaires toute tentative d'immixtion dans l'administration de la justice.

Dans *Morris v. The Crown Office*[4], Lord Denning écrit à la p. 1081:

[TRADUCTION] L'expression «outrage commis en présence du tribunal» dégage une aura antique et surannée, mais elle a son importance: s'il y a un endroit où la loi et l'ordre doivent être respectés, c'est bien ici, devant les tribunaux. Le cours de la justice ne doit pas subir de déviation ni d'ingérence. Qui l'attaque, attaque le fondement même de notre société. Pour faire respecter la loi et l'ordre, les juges ont, et doivent avoir, le pouvoir de s'occuper immédiatement de ceux qui s'y attaquent. C'est un pouvoir considérable—d'emprisonner sur-le-champ une personne sans procès—mais c'est un pouvoir nécessaire. Tellement nécessaire en fait que, récemment encore, les juges l'exerçaient sans qu'il y ait droit d'appel.

Dans *In the matter of Lewis Duncan*[5], le juge en chef Kerwin dit au nom de la Cour, à la p. 43:

[TRADUCTION] L'objection que Me Duncan oppose à notre compétence à le faire comparaître pour outrage au tribunal n'a aucun fondement. En vertu de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1952, chap. 529, cette Cour est une cour d'archives de *common law* et d'*equity* et son pouvoir de faire comparaître un avocat et, dans les cas appropriés, de le déclarer coupable d'outrage au tribunal

[2] (1765), 97 E.R. 94.
[3] (1887), 20 Q.B. 68.
[4] [1970] 1 All E.R. 1079.
[5] [1958] R.C.S. 41.

power has been exercised for many years and it is not necessary that steps be taken immediately.

And Kerwin C.J. cited the 3rd edition of *Halsbury*, vol. 8 (1954), at p. 5:

The power to fine and imprison for a contempt committed in the face of the Court is a necessary incident to every court of justice.

The Court was referred to two Canadian cases, in which the power to impose penalties for contempt of court, namely the refusal to testify, was admitted even with respect to a witness covered by the *Juvenile Delinquents Act*.

The first case is that of *Daniel Simard v. M. le juge Anatole Corriveau et al.*, No. 200-38-000-003-765, from the Superior Court of Quebec, decided on October 12, 1976. It concerned an application for *certiorari* against a decision of a judge of the Court of Sessions of the Peace who, acting as a justice and presiding over a preliminary inquiry, sentenced applicant to seven days in prison for refusing to testify. Dismissing the application, Roberge J. of the Superior Court said, *inter alia*:

[TRANSLATION] As mentioned above, a judge at a preliminary inquiry has powers to impose punishment, when necessary, and it matters little whether the recalcitrant witness is a minor or not; to hold the contrary would be to decide in favour of chaos in the administration of justice.

The other case is *Re B.*[6] from which I reproduce the headnote:

The refusal of a witness to testify after having been sworn may constitute contempt of Court and a superior Court of record has inherent power to commit such a person for contempt. Where the witness is a juvenile the fact that the act of refusing to testify may also constitute an offence under the *Criminal Code* which, pursuant to s. 4 of the *Juvenile Delinquents Act*, R.S.C. 1970, c. J-3, must be tried by a Judge of the juvenile Court does not abrogate from the superior Court's jurisdiction, which is preserved by s. 8 of the *Criminal Code*, to punish the witness for contempt and the Judge of the superior Court may so deal with the contempt if he prefers.

[6] (1976), 30 C.C.C. (2d) 524.

pour des paroles prononcées devant elle ne fait aucun doute. Ce pouvoir est exercé depuis bien des années et il n'est pas nécessaire de prendre des mesures immédiatement.

Et le juge en chef Kerwin cite la 3e édition de *Halsbury*, vol. 8, (1954) à la p. 5:

[TRADUCTION] Le pouvoir de condamner à l'amende et à la prison pour outrage commis en présence du tribunal est un pouvoir inhérent à toute cour de justice.

Deux arrêts canadiens nous ont été cités où le pouvoir d'imposer des sanctions pour outrage au tribunal, soit le refus de témoigner, a été reconnu même à l'encontre d'un témoin visé par la *Loi sur les jeunes délinquants*.

Le premier arrêt est celui de *Daniel Simard c. M. le juge Anatole Corriveau et al.*, nº 200-38-000—003-765, de la Cour supérieure du Québec, rendu le 12 octobre 1976. Il s'agissait d'une requête en *certiorari* contre une décision d'un juge de la Cour des sessions de la paix qui, agissant comme juge de paix et présidant une enquête préliminaire, avait condamné le requérant à sept jours de prison pour refus de témoigner. Rejetant la requête le juge Roberge de la Cour supérieure écrit notamment:

Comme il a été dit plus haut, le Juge à l'enquête préliminaire a les pouvoirs de punir, lorsqu'il y a lieu et il importe peu que le témoin récalcitrant soit mineur ou ne le soit pas; décider le contraire serait décider en faveur du chaos dans l'administration de la justice;

L'autre arrêt est *Re B.*[6], dont je reproduis le sommaire:

[TRADUCTION] Le refus d'un témoin de témoigner après avoir prêté serment peut constituer un outrage au tribunal et une cour supérieure d'archives a le pouvoir inhérent de le faire incarcérer pour outrage. Lorsque le témoin est un mineur, le fait que le refus de témoigner peut également constituer une infraction visée au *Code criminel*, qui, suivant l'art. 4 de la *Loi sur les jeunes délinquants*, S.R.C. 1970, chap. J-3, doit être jugée par une cour pour jeunes délinquants, ne retire pas à la cour supérieure la compétence, maintenue par l'art. 8 du *Code criminel*, de punir le témoin pour outrage, et le juge de la cour supérieure peut statuer sur l'outrage s'il le veut.

[6] (1976), 30 C.C.C. (2d) 524.

My conclusion is the same. The judge in the case at bar had the power to impose a penalty for contempt committed "in the face" of the Court, namely appellant's refusal to testify.

For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Hamel, Bernatchez & Associates, Quebec.

Solicitor for the respondent: Paul Chevalier, Sept-Îles.

Je conclus dans le même sens. Le juge dans la présente cause avait le pouvoir d'imposer une peine pour outrage commis «en présence» ou «en face» du tribunal, soit le refus de témoigner de la part de l'appelant.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Hamel, Bernatchez & Associés, Québec.

Procureur de l'intimée: Paul Chevalier, Sept-Îles.

Jean-Paul Blanchette, André Blanchette and Gilles Blanchette *Appellants*;

and

Municipal Corporation of the Town of Bécancour *Respondent.*

1981: March 18.

Present: Dickson, Beetz, Estey, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Expropriation — Municipal by-law — Vested rights — Number of zones — Indemnity determined by Public Service Board — Homologation by Superior Court — Indemnity upheld.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, affirming a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Guy Marcotte, for the appellants.

Louis Vézina and *Michèle Lacroix,* for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

DICKSON J.—It will not be necessary to call upon you Mr. Vézina or Ms. Lacroix. We are not persuaded that there is, in any of the grounds of appeal advanced on behalf of the appellants, a basis for intervention by this Court with respect to the award made by the Public Service Board or a basis for referring the matter to the Expropriation Tribunal with a view to varying the award. The appeal is accordingly dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Gilbert, Magnan, Marcotte, Tremblay & Forget, Montreal.

Solicitors for the respondent: Vézina, Pouliot & Associates, Ste-Foy.

Jean-Paul Blanchette, André Blanchette et Gilles Blanchette *Appelants*;

et

La Corporation municipale de la ville de Bécancour *Intimée.*

1981: 18 mars.

Présents: Les juges Dickson, Beetz, Estey, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Expropriation — Règlement municipal — Droits acquis — Nombre de zones — Indemnité déterminée par la Régie des services publics — Homologation par la Cour supérieure — Indemnité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Guy Marcotte, pour les appelants.

Louis Vézina et *Michèle Lacroix*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE DICKSON—Il ne sera pas nécessaire de vous entendre Me Vézina et Me Lacroix. Aucun des moyens plaidés par les appelants ne nous a persuadés qu'il y a lieu d'intervenir pour modifier la détermination de l'indemnité faite par la Régie des services publics, ou de déférer le dossier au Tribunal de l'expropriation aux fins de réviser l'indemnité. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Gilbert, Magnan, Marcotte, Tremblay & Forget, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Vézina, Pouliot & Associés, Ste-Foy.

MacLeod Savings & Credit Union Ltd. *Appellant*;

and

Bob Perrett *Respondent.*

1980: June 25; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Negotiable instruments — Promissory notes — Sum certain — Interest to be paid "from date of advance" — Extrinsic evidence needed to determine date — Whether or not sum uncertain preventing instrument from being promissory note within the meaning of the Bills of Exchange Act — Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 28, 176(1), 186.

Respondent signed, with another, an instrument by which both promised to pay the appellant $16,589.75, at twelve per cent annually, in monthly installments of $575 commencing and terminating on set dates, with the final payment being "equal in any case to unpaid principal and interest of loan". The promisor agreed to pay " ... the stated principal amount ... with interest on the unpaid principal from the date of advance both before and after maturity at the rate ... set forth until the full amount of principal and interest has been paid ...." Default occurred after two payments had been made causing the whole balance to come due. Appellant sued on the instrument, alleging it to be a promissory note which it held as payee and asserting that respondent was liable as accommodation maker. Respondent, however, contended the promise in the instrument was not a promise to pay a sum certain within the definition of promissory note found in s. 176(1) of the *Bills of Exchange Act*. The sole issue was whether the words "with interest on the unpaid principal from the date of advance" rendered the sum secured uncertain so as to prevent the instrument from being a promissory note within the meaning of the *Act*.

Both courts below held the instrument in question not to be a promissory note. Appellant, in order to hold respondent as guarantor, had to succeed in its appeal for the terms of *The Guarantees Acknowledgment Act* otherwise would not have been met.

Held: The appeal is dismissed.

MacLeod Savings & Credit Union Ltd. *Appelante*;

et

Bob Perrett *Intimé.*

1980: 25 juin; 1981: 27 janvier.

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

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

Effets négociables — Billets à ordre — Somme précise — Intérêt à payer «à compter de la date du prêt» — Preuve extrinsèque nécessaire pour fixer la date — La somme imprécise empêche-t-elle l'effet d'être un billet à ordre au sens de la Loi sur les lettres de change — Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 28, 176(1), 186.

L'intimé a signé, avec un autre, un effet de commerce aux termes duquel ils ont promis de payer à l'appelante $16,589.75, avec intérêt annuel de douze pour cent, par versements mensuels de $575, commençant et se terminant à des dates fixes, le dernier paiement devant être «égal, en tout cas, au solde du prêt impayé en capital et intérêt». Le souscripteur a convenu de payer « ... le montant en principal indiqué ... avec intérêt sur le principal impayé à compter de la date du prêt, tant avant qu'après échéance, au taux indiqué ... jusqu'à complet paiement en capital et intérêt ...». Après deux paiements, il a manqué à ses engagements et le solde entier est donc devenu payable. L'appelante a intenté une action fondée sur l'effet de commerce, plaidant qu'il s'agit d'un billet à ordre qu'elle détient à titre de bénéficiaire et soutenant que l'intimé doit répondre à titre de souscripteur de complaisance. L'intimé soutient cependant que la promesse faite dans l'effet de commerce n'est pas une promesse de payer une somme précise au sens de la définition d'un billet à ordre au par. 176(1) de la *Loi sur les lettres de change*. La seule question en litige est de savoir si les mots «avec intérêt sur le principal non payé à compter de la date du prêt» rendent la somme garantie imprécise de façon à empêcher l'effet de commerce d'être un billet à ordre au sens de la *Loi*.

Les deux cours d'instance inférieure ont conclu que l'effet de commerce en question n'est pas un billet à ordre. Afin de pouvoir tenir l'intimé pour garant, l'appelante doit avoir gain de cause en l'espèce car les dispositions de *The Guarantees Acknowledgment Act* n'ont par ailleurs pas été observées.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

"A sum certain" within the meaning of the *Act* referred to both the principal and the interest. Neither the case law nor the leading text-books supported appellant's first submission to the contrary and its rejection was further supported by the rule that interest made payable by a bill or note was "part of the debt and not merely damages for detaining the money".

The second submission, that the instrument was a promissory note even though extrinsic evidence could be required to determine the date of the advance, failed. The scheme of the *Act* was to ensure the currency of negotiable instruments. The general rule was certainty on the face of the instrument, unless it was impossible to implement a particular provision without recourse to extrinsic evidence. It could be a matter of judgment, however, whether explicit or implicit reference to extrinsic circumstances created such a degree of uncertainty as to affect the currency of the document and alter its nature. The document in issue was neither certain nor negotiable.

The decisive reason why the submissions were unacceptable was that they both destroyed negotiability: the courts had to repudiate any mechanical construction of the *Act* which ran contrary to its very purpose and policy.

Lamberton v. Aiken (1899), 37 Sc. L.R. 138; *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107; *Rosenhain and Co. v. Commonwealth Bank of Australia*, [1922] V.L.R. 787, considered; *John Burrows Ltd. v. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] S.C.R. 607, distinguished; *Creative Press Limited v. Harman*, [1973] I.R. 313, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Alberta[1], dismissing an appeal from a judgment of Yanosik J. Appeal dismissed.

H. Lorne Morphy, Q.C., and *Mary Eberts*, for the appellant.

Howard P. J. Heil, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

BEETZ J.—The facts are undisputed and the issue is a narrow one.

Clement J.A. who, on behalf of the Appeal Division of the Alberta Supreme Court, wrote the

[1] (1978), 91 D.L.R. (3d) 612; [1978] 6 W.W.R. 178.

«Une somme précise» au sens de la *Loi* se rapporte au principal et à l'intérêt. Ni la jurisprudence ni les ouvrages de doctrine majeurs n'appuient le premier argument de l'appelante à l'effet contraire et son rejet est également renforcé par la règle que l'intérêt à payer sur une lettre de change ou un billet est «une partie de la dette et non simplement une indemnité pour la rétention de l'argent».

On doit rejeter le second argument que l'effet de commerce est un billet à ordre même s'il faut présenter une preuve extrinsèque pour établir la date du prêt. La *Loi* vise à assurer la circulation d'effets négociables. La règle générale est la précision de l'effet même, à moins qu'il ne soit impossible d'appliquer une disposition donnée sans recourir à une preuve extrinsèque. Ce peut être une question de bon sens, cependant, de savoir si une référence expresse ou implicite à des circonstances extrinsèques crée un tel degré d'imprécision qu'elle porte atteinte à la circulation de l'effet et en modifie la nature. L'effet en cause n'est ni précis ni négociable.

Le motif principal pour lequel les arguments ne peuvent être acceptés est qu'ils anéantissent tous deux la négociabilité: les tribunaux doivent rejeter toute interprétation mécanique de la *Loi* qui va à l'encontre de son but et de son économie.

Jurisprudence: *Lamberton v. Aiken* (1899), 37 Sc. L.R. 138; *Bank of England v. Vagliano*, [1891] A.C. 107; arrêt examiné: *Rosenhain and Co. v. Commonwealth Bank of Australia*, [1922] V.L.R. 787; distinction faite avec l'arrêt *John Burrows Ltd. c. Subsurface Surveys Ltd.*, [1968] R.C.S. 607; *Creative Press Limited v. Harman*, [1973] I.R. 313.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Yanosik. Pourvoi rejeté.

H. Lorne Morphy, c.r., et *Mary Eberts*, pour l'appelante.

Howard P. J. Heil, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BEETZ—Les faits ne sont pas contestés et la question en litige est restreinte.

Le juge Clement, qui a rendu au nom de la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta

[1] (1978), 91 D.L.R. (3d) 612; [1978] 6 W.W.R. 178.

judgment appealed from, stated the facts as follows:

> The respondent Bob Perrett signed, with another person, an instrument dated 7 June 1974 by which both promised to pay to Macleod Savings & Credit Union Ltd. (the Credit Union) the sum of $16,589.75 with interest at the annual rate of 12 percent by monthly installments of $575, commencing 15 June 1974 and ending 15 March 1976, the final payment, however, to be "equal in any case to unpaid principal and interest of loan". Perrett made two payments. Thereafter default was made and the whole balance became due.
>
> The promise to pay is in these terms:
>
> "For value received, I promise to pay to the order of The Credit Union, the stated principal amount above set forth with interest on the unpaid principal from the date of advance both before and after maturity at the rate above set forth until the full amount of principal and interest has been paid; . . ."

The Credit Union has sued on the instrument, alleging it to be a promissory note which it holds as payee, and asserting that Perrett is liable on it as accommodation maker. Perrett contends that the promise in the instrument is not a promise to pay a sum certain within the definition of a promissory note given by s. 176(1) of the *Bills of Exchange Act* R.S.C. 1970 c. B-5:

> "A promissory note is an unconditional promise in writing made by one person to another, signed by the maker engaging to pay, on demand or at a fixed or determinable future time, a sum certain in money, to, or to the order of, a specified person or to bearer".

The sole issue is whether the words "with interest on the unpaid principal from the date of advance" render the sum secured uncertain so as to prevent the instrument from being a promissory note within the meaning of the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, (the *Act*).

Should the Credit Union fail in this appeal, it cannot hold Perrett as a guarantor since the provisions of *The Guarantees Acknowledgment Act*, R.S.A. 1970, c. 163, were not complied with.

l'arrêt maintenant attaqué, expose les faits comme suit:

> [TRADUCTION] L'intimé Bob Perrett a signé, avec une autre personne, un effet de commerce portant la date du 7 juin 1974, aux termes duquel ils ont promis de payer à Macleod Savings & Credit Union Ltd. (la coopérative de crédit) la somme de $16,589.75 avec intérêts au taux de 12 pour cent l'an, par versements mensuels de $575, commençant le 15 juin 1974 et se terminant le 15 mars 1976, le dernier paiement devant cependant être «égal, en tout cas, au solde du prêt impayé en capital et intérêt». Perrett a fait deux paiements. Par la suite, il a manqué à ses engagements et le solde entier est devenu payable.
>
> La promesse de payer se lit comme suit:
>
> «Pour valeur reçue, je promets payer à l'ordre de la coopérative de crédit le montant en principal indiqué ci-dessus avec intérêt sur le principal impayé à compter de la date du prêt, tant avant qu'après échéance, au taux indiqué ci-dessus jusqu'à complet paiement en capital et intérêt; . . .»

La coopérative de crédit a intenté une action fondée sur l'effet de commerce, plaidant qu'il s'agit d'un billet à ordre qu'elle détient à titre de bénéficiaire et soutenant que Perrett doit en répondre à titre de souscripteur de complaisance. Perrett soutient que la promesse faite dans l'effet de commerce n'est pas une promesse de payer une somme précise au sens de la définition d'un billet à ordre au par. 176(1) de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5:

> «Un billet à ordre est une promesse pure et simple, faite par écrit par une personne à une autre, signée par le souscripteur, par laquelle celui-ci s'engage à payer, sur demande, ou dans un délai déterminé ou susceptible de l'être, une somme d'argent précise à une personne désignée ou à son ordre, ou au porteur.»

La seule question en litige est de savoir si les mots «avec intérêt sur le principal non payé à compter de la date du prêt» rendent la somme garantie imprécise de façon à empêcher l'effet de commerce d'être un billet à ordre au sens de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, chap. B-5, (la *Loi*).

Si le pourvoi de la coopérative de crédit est rejeté, elle ne peut tenir Perrett pour garant puisque les dispositions de *The Guarantees Acknowledgment Act*, R.S.A. 1970, chap. 163 n'ont pas été observées.

Both courts below held that the instrument in question is not a promissory note.

Judge Yanosik, the trial judge, wrote:

Without the date of advance appearing on the face of the document, it is impossible to calculate the exact amount of interest promised to be paid, and for that reason it cannot be said that the promise to pay is a promise to pay "a sum certain in money". The document, therefore, is not a promissory note with the definition to be found in the Bills of Exchange Act.

Clement J.A. wrote:

It is clear from the purpose and terms of the Act that certainty in determining the amount of interest payable is as necessary to the validity of a promissory note as is certainty in the amount of the principal sum payable and the due date for payment . . .. The instrument on the face of it discloses an inherent uncertainty for which the act provides no cure.

Counsel for the Credit Union made two submissions.

The first submission as it appears in his factum, although he made it last in oral argument, is to the effect that "a sum certain" within the meaning of the *Act*, has reference only to the principal, not the interest.

The second submission is to the effect that the instrument in question is a promissory note although extrinsic evidence may be required to determine the date of advance.

In presenting the first submission counsel for the Credit Union referred to s. 28 of the *Act* which, through the operation of s. 186, applies to promissory notes:

28. (1) The sum payable by a bill is a sum certain within the meaning of this Act, although it is required to be paid

(*a*) with interest;

(*b*) by stated instalments;

(*c*) by stated instalments, with a provision that upon default in payment of any instalment the whole shall become due; or

Les deux cours d'instance inférieure ont conclu que l'effet de commerce en question n'est pas un billet à ordre.

en première instance, le juge Yanosik écrit:

[TRADUCTION] Comme la date du prêt ne figure pas sur le document, il est impossible de calculer le montant exact d'intérêt promis et, pour ce motif, on ne peut dire que la promesse de payer est une promesse de payer «une somme d'argent précise». Par conséquent, le document n'est pas un billet à ordre au sens de la définition de la Loi sur les lettres de change.

En Cour d'appel, le juge Clement écrit:

[TRADUCTION] Le but visé par la Loi et les termes qu'elle emploie indiquent clairement que la précision dans l'établissement du montant de l'intérêt payable est aussi nécessaire à la validité d'un billet à ordre que le sont la précision du montant principal dû et la date d'échéance du paiement . . .. L'effet de commerce révèle à sa lecture même une imprécision intrinsèque pour laquelle la Loi ne prévoit aucun remède.

L'avocat de la coopérative de crédit a fait valoir deux arguments.

L'argument que l'on trouve en premier dans son mémoire, mais qu'il a soulevé en dernier dans sa plaidoirie porte qu'«une somme précise», au sens de la *Loi*, ne se rapporte qu'au principal, non à l'intérêt.

Le second argument porte que l'effet de commerce dont il s'agit est un billet à ordre, même s'il faut présenter une preuve extrinsèque pour établir la date du prêt.

En présentant le premier argument, l'avocat de la coopérative de crédit invoque l'art. 28 de la *Loi* qui, par le jeu de l'art. 186, s'applique aux billets à ordre:

28. (1) La somme à payer au moyen d'une lettre de change est une somme précise au sens de la présente loi, même si elle prescrit que le paiement en doit être fait

a) avec intérêts;

b) par versements indiqués;

c) par versements indiqués, avec stipulation qu'à défaut du paiement de quelque versement la somme totale devient exigible; ou

(*d*) according to an indicated rate of exchange or according to a rate of exchange to be ascertained as directed by the bill.

(2) Where the sum payable is expressed in words and also in figures, and there is a discrepency between the two, the sum denoted by the words in the amount payable.

(3) Where a bill is expressed to be payable with interest, unless the instrument otherwise provides, interest runs from the date of the bill, and if the bill is undated, from the issue thereof.

It was contended that on a proper construction of the words of s. 28(1)(*a*) according to their ordinary meaning, the terms "sum certain" refer to a principal sum payable pursuant to a promissory note exclusive of interest thereon *i.e.* "a sum payable is a sum certain although it is required to be paid with interest".

It was emphasized that s. 28(1)(*a*) does not require that a promissory note specify the rate of interest, by contrast to s. 28(1)(*d*) which requires the rate of exchange, if any, to be indicated.

Not only is the first submission unsupported by any case law but it was dismissed by the Court of Session to which it had been explicitely put in *Lamberton v. Aiken*[2]. It was held that a written promise to pay two hundred and fifty pounds sterling "together with any interest that may accrue thereon" was not a promissory note on the ground that neither the rate of interest nor the date of payment was specified and the sum payable was accordingly uncertain. Section 28 of the *Act* is the equivalent of s. 9 of the *Bills of Exchange Act*, 1882, 45-46 Vict., c. 61 (U.K.), then in force. Lord Adam wrote at p. 139:

Mr. Guy says that a change was made by the Act of 1882 upon the previous law, and that it is sufficient if the principal sum due is certain whether the amount of interest is ascertained or not. In support of that contention he quotes section 9 of the Act, but as I read that section it means no more than that a "certain" sum may be made up partly of principal and partly of interest.

Earlier in his reasons, Lord Adam had stated at p. 139:

[2] (1899), 37 Sc. L.R. 138.

d) suivant un taux de change indiqué, ou d'après un taux de change à constater selon que le prescrit la lettre de change.

(2) Lorsque la somme à payer est exprimée en lettres, et aussi en chiffres, et qu'il y a une différence entre les deux, la somme à payer est celle qui est écrite en lettres.

(3) Si une lettre de change exprime qu'elle est payable avec intérêts, à moins que l'effet ne prescrive le contraire, les intérêts courent depuis la date de la lettre, et, si elle ne porte pas de date, à compter de son émission.

Il soutient qu'en interprétant correctement les termes de l'al. 28(1)*a*) selon leur sens ordinaire, les mots «somme précise» signifient le principal à payer aux termes du billet à ordre à l'exclusion de l'intérêt sur le principal, c.-à-d. «une somme à payer est une somme précise même si le paiement doit en être fait avec intérêts».

Il souligne que l'al. 28(1)*a*) n'exige pas qu'un billet à ordre précise le taux d'intérêt, contrairement à l'al. 28(1)*d*) qui exige l'indication du taux de change, s'il y a lieu.

Non seulement le premier argument ne s'appuie sur aucune jurisprudence, mais la Cour des sessions, devant laquelle il avait été expressément plaidé, l'a rejeté dans l'affaire *Lamberton v. Aiken*[2]. Elle a conclu qu'une promesse écrite de payer deux cent cinquante livres sterling [TRADUCTION] «avec l'intérêt couru» n'était pas un billet à ordre parce qu'elle ne précisait ni le taux d'intérêt ni la date de paiement et que la somme à payer était par conséquent imprécise. L'article 28 de la *Loi* est l'équivalent de l'art. 9 du *Bills of Exchange Act*, 1882, 45-46 Vict., chap. 61 (R.-U.), alors en vigueur. Lord Adam écrit à la p. 139:

[TRADUCTION] M[e] Guy dit que la Loi de 1882 a été modifiée par rapport à la loi précédente, et qu'il suffit que le principal dû soit précisé, peu importe que le montant de l'intérêt soit indiqué. Il appuie cette prétention sur l'art. 9 de la Loi, mais selon mon interprétation, cet article signifie simplement qu'une somme «précise» peut être composée en partie du principal et en partie de l'intérêt.

Lord Adam avait déjà dit dans ses motifs, à la p. 139:

[2] (1899), 37 Sc. L.R. 138.

The Lord Ordinary has not furnished us with any note of his opinion, but it is stated that his view was that it was impossible on the face of the document to ascertain any certain sum to be payable. I think that view is right. Whether a document be a bill or a promissory-note the law is that it must be for a sum certain, and that sum must appear on the face of the document, but Mr. Smith maintained that you could not ascertain on the face of the document what sum was payable, because it did not specify what rate of interest was to be charged—whether, for example, it was to be bank interest or what is called legal interest, and it did not appear when payment would be demanded or what the amount due would then be. It is quite true that it does not appear on the face of the bill what rate of interest is to be paid—whether legal or bank interest.

Lord M'Laren concurred at p. 139:

I am of the same opinion. The leading provision in the Bills of Exchange Act as to the sum payable under a promissory-note is that it is to be "a sum certain in money," and we are referred back to the sections dealing with bills of exchange, from which it appears that a bill does not cease to be such merely because it contains a stipulation for the payment of interest. Reading these enactments together, it is plain that the interest must either be ascertained in gross on the face of the document, or it must be capable of being ascertained by numerical calculation from materials contained in the document. This would be the case where the document in question specifies the rate of interest and the date of payment, for then it would only be necessary to multiply the rate of interest by the number of days in order to ascertain the amount of the interest due. In the case of a document payable on demand and containing a specified rate of interest, the question is a more difficult one, because the date of payment is not specified, and in order to make the sum certain it would be necessary to go outside the document and supply the date.

Lord Kinnear also concurred at p. 140:

It is not disputed that under the authority of the decided cases an obligation in the same terms as the document we are considering would not be a promissory-note or bill, but it is said that the Bills of Exchange Act of 1882 changes all that and makes it a good bill for a certain sum. I cannot so read the statute. All that it says is, that a bill is an unconditional order for a sum certain in money, and that if it includes interest that fact alone does not prevent it being considered a bill for a certain sum. But before the date of the Act it was quite possible

[TRADUCTION] Le lord titulaire n'a pas exposé son opinion par écrit, mais on indique qu'à son avis, il était impossible de constater à la lecture de l'écrit une somme précise à payer. Je souscris à cette opinion. Qu'un document soit une lettre de change ou un billet à ordre, la loi prévoit qu'il doit indiquer une somme précise, et que cette somme doit être apparente à la lecture du document. Mais M[e] Smith a soutenu qu'on ne pouvait établir la somme à payer à la lecture du document parce qu'il ne précisait pas le taux d'intérêt imposé, si, par exemple, il devait s'agir de l'intérêt bancaire ou de ce qu'on appelle l'intérêt légal, et il n'indiquait pas quand on en demanderait paiement ou quel serait alors le montant dû. Il est bien vrai que la lettre de change ne révèle pas à sa lecture quel taux d'intérêt doit être payé, s'il s'agit du taux légal ou bancaire.

A la p. 139, lord M'Laren a souscrit à cette opinion:

[TRADUCTION] Je suis du même avis. La principale disposition de la Bills of Exchange Act relative à la somme à payer en vertu d'un billet à ordre exige que ce soit «une somme d'argent précise», et on nous renvoie aux articles traitant des lettres de change, d'où il ressort qu'une lettre de change ne perd pas cette qualité du seul fait qu'elle comporte une stipulation visant le paiement d'un intérêt. Ces dispositions prises ensemble montrent clairement que l'intérêt doit être fixé de façon générale dans le document même ou qu'il doit être possible de le calculer à partir des indications portées au document. Ce sera le cas lorsque le document en question précise le taux d'intérêt et la date du paiement, puisqu'il suffira alors de multiplier le taux d'intérêt par le nombre de jours pour établir le montant de l'intérêt dû. Dans le cas d'un effet de commerce payable à demande et portant un taux d'intérêt précis, la question est plus difficile parce que la date du paiement n'est pas précisée et que pour préciser le montant, il faudra suppléer au document et établir la date.

A la p. 140, lord Kinnear souscrit aussi à cette opinion:

[TRADUCTION] On ne conteste pas que, suivant la jurisprudence, une obligation rédigée selon les mêmes termes de ceux du document qui nous est soumis ne serait pas un billet à ordre ni une lettre de change, mais on dit que la Bills of Exchange Act de 1882 modifie tout cela et en fait une lettre de change valide pour une somme précise. Ce n'est pas ainsi que j'interprète la Loi. Tout ce qu'elle dit, c'est qu'une lettre de change est un ordre sans condition pour une somme d'argent précise, et que si elle comporte un intérêt, ce seul fait ne l'empêche pas d'être

that a bill should be expressed to be payable with interest, and yet that the whole amount due might be clearly ascertainable on the face of the bill, and the statute seems to me to provide nothing more than that if a bill is expressed to be payable with interest, that alone will not prevent it from being a bill for a sum certain in the sense of the statute if it is for a sum certain in fact.

I find these reasons persuasive.

Counsel for the Credit Union argued that this approach to the construction of the United Kingdom Act was erroneous in the *The Governor and Company of the Bank of England v. Vagliano Brothers*[3] where it was said that a code such as the United Kingdom Act should be interpreted according to the usual canons of construction and without reliance on prior decisions.

I disagree.

For one thing, I do not see how the above quoted reasons offend against the method of construction adopted in the *Vagliano* case. The judges do refer to the previous state of the law because they were invited so to do by counsel's submission but they do not rely on prior decisions in order to solve the problem of interpretation which was put to them; as I understand them, they solve it by remaining within the four corners of the United Kingdom Act.

Furthermore, authoritative as may be the speeches pronounced in the *Vagliano* case, they cannot prevail over s. 10 of the *Act*:

10. The rules of the common law of England, including the law merchant, save in so far as they are inconsistent with the express provisions of this Act, apply to bills of exchange, promissory notes and cheques.

It seems to me that the rules of the common law of England, including the law merchant apply to the matter of interest since neither s. 28 nor any other provisions of the *Act* is expressly inconsistent therewith. And as was conceded in the *Lamberton* case and illustrated by authorities therein referred to, at common law, the requirement of certainty

[3] [1891] A.C. 107.

une lettre de change pour une somme précise. Mais avant l'adoption de la Loi, il était bien possible qu'une lettre de change indiquât qu'elle était payable avec intérêt, et pourtant que le montant total dû pût être établi clairement à la lecture de la lettre; la Loi, ce me semble, ne dit rien de plus que si une lettre de change indique qu'elle est payable avec intérêt, cela seul ne l'empêche pas d'être une lettre de change pour une somme précise au sens de la Loi si, de fait, elle est faite pour une somme précise.

J'estime que ces motifs sont convaincants.

L'avocat de la coopérative de crédit à plaidé que cette façon d'interpréter la Loi du Royaume-Uni était erronée compte tenu de l'arrêt *The Governor and Company of the Bank of England v. Vagliano Brothers*[3] où l'on a dit qu'un code, telle la Loi du Royaume-Uni, devrait être interprété suivant les règles habituelles d'interprétation, sans recours aux décisions antérieures.

Je ne suis pas d'accord.

D'abord, je ne vois pas comment les motifs précités vont à l'encontre du mode d'interprétation adopté dans l'affaire *Vagliano*. Les juges font référence à l'état antérieur du droit parce que la plaidoirie de l'avocat les y invite, mais ils ne s'appuient pas sur les décisions antérieures pour résoudre le problème d'interprétation qui leur est soumis; si je comprends bien, ils résolvent ce problème en restant dans le cadre de la Loi du Royaume-Uni.

En outre, si péremptoires que soient les motifs exposés dans l'arrêt *Vagliano*, ils ne peuvent prévaloir sur l'art. 10 de la *Loi*:

10. Les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris le droit commercial, sauf dans la mesure où elles sont opposées aux dispositions formelles de la présente loi, s'appliquent aux lettres de change, aux billets à ordre et aux chèques.

J'estime que les règles de la *common law* d'Angleterre, y compris le droit commercial, s'appliquent à la question de l'intérêt puisque ni l'art. 28 ni aucune autre disposition de la *Loi* n'y sont opposés de façon formelle. Et comme il a été admis dans l'affaire *Lamberton* et illustré par la jurisprudence y citée, il est clair qu'en *common law*, la

[3] [1891] A.C. 107.

clearly applied to interest as well as to the principal.

Examples of a sum certain in money were given in s. 28 for the removal of a doubt, but should a doubt remain, it would be quite proper to look at the previous state of the law:

> I am of course far from asserting that resort may never be had to the previous state of the law for the purpose of aiding in the construction of the provisions of the code. If, for example, a provision be of doubtful import, such resort would be perfectly legitimate.

Lord Herschell in the *Vagliano* case at p. 145.

The *Lamberton* case is relied upon by a leading text-book, *Byles on Bills of Exchange*, 24th ed., 1979, by Maurice Megrah and Frank R. Ryder, at p. 18, note 70, in support of a proposition which is a paraphrase of Lord Adam's reasons:

> [70] S. 9 means no more than that a "certain" sum may be made up partly of principal and partly of interest. *Lamberton v. Aiken* (1899) 37 S.L.R. 138 .... A sum certain must appear on the face of the instrument.

The first submission is also in conflict with other leading text-books according to which, for instance, a bill or a note payable "with bank interest" is not for a sum certain and therefore is not negotiable: *Russell on Bills*, 2nd ed., 1921, at pp. 116-17; *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7th ed., 1969, at p. 501; L.J. de la Durantaye, *Traité des effets négociables*, 1964, at p. 120.

I am reinforced in the conclusion that the first submission ought to be dismissed by the rule according to which interest made payable by a bill or a note "is part of the debt, and not merely damages for detaining the money". Falconbridge, *op. cit.* at p. 500. The distinction is clearly made by s. 134 of the *Act*.

In support of the second submission, counsel for the Credit Union relied on s. 28(3) of the *Act*.

He argued that extrinsic evidence would be required and admissible under this provision to determine the date of issue of an undated promis-

précision exigée s'applique autant à l'intérêt qu'au principal.

L'article 28 donne des exemples de somme d'argent précise pour éliminer des doutes, mais s'il en subsiste, il serait opportun de se reporter à l'état du droit antérieur; comme le dit lord Herschell dans l'arrêt *Vagliano*, à la p. 145:

> [TRADUCTION] Bien sûr, je suis loin d'affirmer qu'il ne faut jamais recourir à l'état du droit antérieur pour faciliter l'interprétation des dispositions du code. Si, par exemple, on doute de la signification d'une disposition, il serait tout à fait légitime de le faire.

L'ouvrage qui fait autorité de Maurice Megrah et Frank R. Ryder, *Byles on Bills of Exchange*, 24e éd., 1979, à la p. 18, note 70, cite l'affaire *Lamberton* pour appuyer une proposition qui paraphrase les motifs de lord Adam:

> [TRADUCTION] [70] L'article 9 signifie simplement qu'une somme «précise» peut être composée en partie de principal et en partie d'intérêt. *Lamberton v. Aiken* (1899) 37 S.L.R. 138 .... Une somme précise doit figurer sur l'effet de commerce.

Le premier argument contredit aussi d'autres ouvrages majeurs selon lesquels, par exemple, une lettre de change ou un billet payable «avec intérêt bancaire» n'est pas fait pour une somme précise et par conséquent n'est pas négociable: *Russell on Bills*, 2e éd., 1921 (aux pp. 116 et 117); *Falconbridge on Banking and Bills of Exchange*, 7e éd., 1969, à la p. 501; L. J. de la Durantaye, *Traité des effets négociables*, 1964, à la p. 120.

Ma conclusion que le premier argument doit être rejeté se trouve renforcée par la règle voulant que l'intérêt à payer sur une lettre de change ou un billet [TRADUCTION] «est une partie de la dette et non simplement une indemnité pour la rétention de l'argent». Falconbridge, *op. cit.* à la p. 500. L'article 134 de la *Loi* établit clairement la distinction.

A l'appui du second argument, l'avocat de la coopérative de crédit invoque le par. 28(3) de la *Loi*.

Il plaide que la preuve extrinsèque serait nécessaire et admissible suivant cette disposition pour établir la date de l'émission d'un billet à ordre qui

sory note and that where, as in the case at bar, the instrument "otherwise provides", in that it specifies interest from the date of advance, extrinsic evidence was likewise required and admissible to prove the date of advance.

Other sections of the *Act* were referred to which contemplate circumstances wherein the amount of interest payable on a promissory note cannot be ascertained from the face of the note but only by reference to an extrinsic event, such for instance as s. 23 relating to instruments payable on demand and s. 24(*b*) which provides that an instrument is payable at a determinable future time within the meaning of the *Act*, that is expressed to be payable

24. ...

(*b*) on or at a fixed period after the occurrence of a specified event that is certain to happen, though the time of happening is uncertain.

I am of the view that the second submission should also fail.

The scheme of the *Act* is to insure the currency of negotiable instruments. The general rule is accordingly that of certainty on the face of the instrument, unless it is impossible to implement a particular provision of the *Act* without having recourse to extrinsic evidence. Section 28 (3) constitutes such a provision only in its last part relating to the date of issue of an undated bill and this part has no application in the case at bar.

I adopt in this regard the following reasons delivered by Clement J.A. in the judgment appealed from:

As well, it is urged that there are a number of sections in the Act which contemplate the introduction of extrinsic evidence in order to effect a certainty not otherwise to be collected from the face of the instrument or calculable from its terms. This is so. Then, it is argued that s. 28(3) is such a section. In my view the proper canon of statutory construction serves to deny this argument.

Stated in general terms, the canon of construction which is applicable here is this: if it is necessary to the effective operation of a section of the Act, that extrinsic evidence be given of circumstances within the intend-

ne porte pas de date et que, lorsque, comme c'est le cas ici, l'effet de commerce «prescri[t] le contraire», en ce qu'il prescrit l'intérêt à compter de la date du prêt, la preuve extrinsèque est aussi nécessaire et admissible pour en établir la date.

Il a invoqué d'autres articles de la *Loi* qui envisagent des situations où le montant d'intérêt à payer sur un billet à ordre ne peut être fixé à la lecture même du billet, mais seulement par rapport à un événement extrinsèque, par exemple l'art. 23 concernant les effets payables à demande et l'al. 24*b*) qui dispose qu'un effet est payable à une époque future susceptible d'être déterminée au sens de la *Loi*, s'il exprime qu'il est payable

24. ...

b) lors de la réalisation ou à une époque fixe après la réalisation d'un événement spécifié, qui doit certainement se produire, bien que l'époque de sa réalisation soit incertaine.

Je suis d'avis de rejeter aussi le second argument.

La *Loi* vise à assurer la circulation d'effets négociables. Par conséquent, la règle générale est celle de la précision de l'effet même, à moins qu'il ne soit impossible d'appliquer une disposition donnée de la *Loi* sans recourir à une preuve extrinsèque. Le paragraphe 28(3) est une de ces dispositions dans sa dernière partie seulement qui porte sur la date d'émission d'une lettre de change non datée, et cette partie ne s'applique pas dans le cas présent.

Je souscris à cet égard aux motifs suivants du juge Clement dans l'arrêt attaqué:

[TRADUCTION] De même, on fait valoir que la Loi comporte plusieurs articles qui envisagent le recours à des éléments de preuve extrinsèque en vue d'apporter une précision qui n'est pas par ailleurs apparente à la lecture de l'effet ou que son texte ne permet pas de calculer. C'est un fait. Alors, on plaide que le par. 28(3) en fait partie. A mon avis, la règle d'interprétation des lois appropriée contredit cet argument.

Enoncée en termes généraux, la règle d'interprétation qu'il convient d'appliquer ici est la suivante: s'il est nécessaire, pour l'application efficace d'un article de la Loi, de présenter des éléments de preuve extrinsèque qui

ment of its operation, then by necessary implication such evidence is admissible.

. . .

But the canon of construction I have stated does not assist the Credit Union. We are not concerned with the apparent lack of a date necessary to implement statutory provisions supporting the validity of a bill. The instrument by its terms specifies a date for the accrual of interest, but it is a date which is inherently uncertain without the aid of evidence. The operation of s. 28(3) does not at all touch such a provision, nor does any other section call for such evidence to make its operation effective. The instrument on the face of it discloses an inherent uncertaintly for which the act provides no cure.

I wish to add that while certainty on the face of the instrument is the rule, certainty is not necessarily an absolute term. It may be a matter of judgment in some cases whether an explicit or implicit reference to extrinsic circumstances creates such a degree of uncertainty as unduly to affect the currency of the instrument and alter its nature.

Thus it could be argued that the type of instrument contemplated in s. 24(*b*) of the *Act* ought not to be considered as a negotiable one, but Parliament in its wisdom has otherwise provided and, needless to say, its judgment is conclusive.

On the other hand, a promissory note payable on demand is inherently negotiable although the date when it will become due does not appear on its face and the amount of interest ultimately payable is not known at the time the note is made. But payment can be demanded at any moment, which is an advantage for the taker, and the exact amount of interest owing can also be calculated at all times, which provides sufficient certainty to insure currency. It might even be said that this very flexibility tends to enhance the currency of the note.

Counsel for the Credit Union pointed to the case of *John Burrows Ltd. et al. v. Subsurface Surveys Ltd.*[4] followed in Ireland by *Creative Press Limited v. Harman*[5]. It was a case of a promise

[4] [1968] S.C.R. 607.
[5] [1973] I.R. 313.

relèvent de l'application de cet article, alors, il est nettement implicite que cette preuve est admissible.

. . .

Mais la règle d'interprétation que j'ai énoncée ne vient pas en aide à la coopérative de crédit. Il ne s'agit pas de l'omission évidente d'une date nécessaire à la mise en œuvre des dispositions de la loi qui appuient la validité d'une lettre de change. Suivant ses termes, l'effet prévoit une date depuis laquelle court l'intérêt, mais c'est une date incertaine en soi, à moins qu'on en fasse la preuve. L'application du par. 28(3) ne touche en rien cette disposition, et aucun autre article n'exige une preuve qui en permette l'application efficace. L'effet présente à sa lecture même une imprécision inhérente pour laquelle la loi ne prévoit pas de remède.

Je tiens à ajouter que si la précision à la lecture de l'effet est la règle, la précision n'est pas requise en termes absolus. Ce peut être une question de bon sens dans certains cas de savoir si une référence expresse ou implicite à des circonstances extrinsèques crée un tel degré d'imprécision qu'elle porte indûment atteinte à la circulation de l'effet et en modifie la nature.

Ainsi, on pourrait plaider que la sorte d'effet qu'envisage l'al. 24*b*) de la *Loi* ne doit pas être considéré comme un effet négociable, mais le législateur, dans sa sagesse, en a décidé autrement et, est-il besoin de le dire, son jugement fait loi.

D'autre part, un billet à ordre payable à demande est négociable en soi, même si la date d'échéance n'est pas apparente à la lecture et que le montant d'intérêt payable en fin de compte est inconnu au moment où le billet est établi. Mais le paiement peut être exigé en tout temps, ce qui est à l'avantage du preneur, et le montant exact d'intérêt dû peut aussi être calculé en tout temps, ce qui permet une précision suffisante pour assurer la circulation. On pourrait aussi dire que cette souplesse même tend à faciliter la circulation du billet.

L'avocat de la coopérative de crédit a signalé l'arrêt *John Burrows Ltd. et autres c. Subsurface Surveys Ltd.*[4] qu'a suivi en Irlande l'arrêt *Creative Press Limited v. Harman*[5]. Il s'agissait d'une pro-

[4] [1968] R.C.S. 607.
[5] [1973] I.R. 313.

permitting the maker, at his own discretion, to make payment on account of principal from time to time in advance of maturity. Counsel contended that in such a case interest could not be calculated without extraneous information concerning possible prepayments. Nonetheless, the instrument was held to be a promissory note.

That case is not of any assistance to the Credit Union. It was decided on the basis that the instrument under consideration was a promissory note because it created no contingency and complied with the definition given in s. 176(1) of the *Act*. Ritchie J., who delivered the unanimous judgment of the Court, wrote at p. 614:

> The instrument here in question is an unconditional promise in writing made by the respondent to pay the appellant or order the sum of $42,000 at a fixed and determinable future time, namely, nine years and ten months from April 1, 1963. This was a promise of the kind defined in s. 176(1) and the fact that the maker was accorded the privilege of making payments on account of principal from time to time did not alter the nature of his unconditional promise to pay at the time fixed by the instrument, but merely gave him an option to make earlier payment.
>
> I am accordingly of opinion that the instrument in question was a promissory note, . . .

The case at bar has to do with the certainty of the amount, not the contingency of the promise.

The certainty of the amount payable was not discussed in the judgment of this Court in the *John Burrows* case, either as to principal or interest, simply because it was not considered to be in issue.

If the maker of such a note as was considered in that case pays part of the principal prior to maturity, he *pro tanto* discharges it and would be wise to have the partial discharge acknowledged in writing on the instrument. He would otherwise run the risk of paying twice should the note be delivered to a holder in due course who would have no reason to presume that the maker has availed himself of the prepayment privilege.

With respect to the time of payment, such a note is even more certain than a note payable on

messe permettant au souscripteur d'effectuer à son gré, avant l'échéance, des paiements à valoir sur le principal. L'avocat a soutenu qu'en pareil cas, l'intérêt ne pouvait pas être calculé sans renseignements extrinsèques concernant les paiements anticipés possibles. Néanmoins, on a conclu que l'effet était un billet à ordre.

Cet arrêt n'est en rien utile à la coopérative de crédit. Il a été prononcé à partir du principe que l'effet en question était un billet à ordre puisqu'il ne créait rien d'éventuel et qu'il se conformait à la définition du par. 176(1) de la *Loi*. Le juge Ritchie, qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour, écrit à la p. 614:

> [TRADUCTION] L'effect dont il s'agit ici est une promesse pure et simple, faite par écrit par l'intimée, de payer à l'appelant ou à son ordre la somme de $42,000 à une époque future fixe et susceptible d'être déterminée, soit neuf ans et dix mois après le 1er avril 1963. C'est une promesse du genre de celles prévues au par. 176(1) et le fait que le souscripteur a obtenu le privilège d'effectuer des paiements sur le principal, à l'occasion, n'a pas modifié la nature de sa promesse pure et simple de payer à l'époque prévue à l'effet, mais lui a simplement donné la faculté de faire des paiements anticipés.
>
> Je suis par conséquent d'avis que l'effet dont il s'agit est un billet à ordre, . . .

La présente affaire porte sur la précision du montant, non sur le caractère éventuel de la promesse.

Dans l'arrêt *John Burrows*, cette Cour n'a pas examiné la question de la précision du montant à payer en principal ou en intérêt, simplement parce qu'on a estimé que la question ne se posait pas.

Si le souscripteur d'un billet tel celui examiné dans cette affaire-là paie une partie du principal avant l'échéance, il s'acquitte pour autant de son obligation et il serait sage d'obtenir une quittance partielle par mention écrite sur l'effet. Autrement, il risquerait de payer deux fois si le billet était remis à un détenteur régulier qui n'aurait aucun motif de croire que le souscripteur s'est prévalu du privilège de paiement anticipé.

Quant à l'époque du paiement, un tel billet est encore plus précis qu'un billet à demande puisqu'il

demand since it states a definite date beyond which it cannot run. There is no uncertainty as to the amount of principal payable: in so far as a holder in due course is concerned, the full amount is payable less the amount of such prepayments as may have been acknowledged in writing on the instrument. As in the case of a note payable on demand, the amount of interest can be calculated at all times on the basis of the full amount of the principal or of what remains of it on the face of the document. It is true that a new prepayment on account of principal might be forthcoming and this creates a degree of uncertainty relating to the exact amount of interest that will ultimately be payable. But such uncertainty is of the same nature as the uncertainty of the amount of interest ultimately payable in the case of a note payable on demand, although it depends on the option of the maker, not the holder.

The note considered in the *John Burrows* case was thus sufficiently certain on its face with respect to its essential elements to comply with the requirements of negotiability.

We would be far from that degree of certainty if either of the two submissions made by counsel for the Credit Union should succeed.

Under either of those two submissions, a promise to pay $1,000 in ten years at such rate of interest as was determined by the maker and the promissee in a separate agreement would be a valid promissory note. Yet, no third party could know, looking at the face of the instrument, whether the interest payable would be, say, one and a half times the principal if the agreed rate of interest was fifteen per cent per annum, or a mere $100 if the rate of interest was one per cent per annum. Who would gamble on such an instrument? What third party would in the course of business take it against value, endorse it, or if it be in the form of a bill of exchange, accept it? How can such a document have any currency and be considered a negotiable instrument?

The document in issue fares hardly better from the point of view of negotiability. There is nothing on the face of it to indicate whether the "date of advance" does not antedate the date of the document since it states a definite date beyond which it cannot run. There is no uncertainty as to the amount of principal payable: in so far as a holder in due course is concerned, the full amount is payable less the amount of such prepayments as may have been acknowledged in writing on the instrument. As in the case of a note payable on demand, the amount of interest can be calculated at all times on the basis of the full amount of the principal or of what remains of it on the face of the document. It is true that a new prepayment on account of principal might be forthcoming and this creates a degree of uncertainty relating to the exact amount of interest that will ultimately be payable. But such uncertainty is of the same nature as the uncertainty of the amount of interest ultimately payable in the case of a note payable on demand, although it depends on the option of the maker, not the holder.

Le billet examiné dans l'affaire *John Burrows* était donc suffisamment précis en lui-même quant à ses éléments essentiels pour satisfaire aux exigences de négociabilité.

Nous serions loin de ce degré de précision si l'un ou l'autre des deux arguments de l'avocat de la coopérative de crédit était accueilli.

Suivant ces deux arguments, une promesse de payer $1,000 dans dix ans au taux d'intérêt établi par le souscripteur et le bénéficiaire dans une convention distincte serait un billet à ordre valide. Pourtant aucun tiers ne peut savoir, à la lecture de l'effet, si le taux d'intérêt à payer est, disons, une fois et demie le principal si le taux d'intérêt convenu est de quinze pour cent l'an, ou simplement $100 si le taux d'intérêt est de un pour cent l'an. Qui voudrait miser sur un pareil effet? Quel tiers, dans le cours des affaires, le prendrait contre valeur, l'endosserait, ou, s'il s'agit d'une lettre de change, l'accepterait? Comment un tel effet peut-il circuler et passer pour un effet négociable?

L'effet en cause est à peine meilleur du point de vue de la négociabilité. Rien, à sa lecture, n'indique si la «date du prêt» ne précède pas la date du document de plusieurs années, auquel cas, au taux

ment by several years in which case, at the annual rate of twelve per cent, the amount of interest payable would be commensurate with the principal. On the other hand and again taking the document at face value, it is not inconceivable that the "date of advance" might be subsequent to the date of the document; the amount of interest payable might then be a negligible fraction of the principal.

The decisive reason why I find these submissions unacceptable is that they both destroy negotiability and the courts must repudiate any mechanical construction of the *Act* which thus runs contrary to its very purpose and policy.

The instrument in issue in the case at bar presents analogies with one held not to be a bill of exchange in a judgment of the High Court of Australia, *Rosenhain and Co. v. Commonwealth Bank of Australia*[6]. The document purporting to be a bill of exchange in that case was drawn on a Melbourne firm for a stated sum payable on a fixed date "with interest at the rate of 8 per cent *per annum* until arrival of payment in London to cover value received".

The date upon which interest was to close was not ascertainable in *Rosenhain* whereas in the case at bar, the date upon which interest is to commence cannot be determined on the face of the document. In both cases, uncertainty as to the date entailed uncertainty as to the amount of interest payable. In a unanimous judgment which carries great weight the High Court of Australia wrote at pp. 790-91:

> The "sum certain" must, however, if the document is to constitute a bill of exchange, be payable on demand or at a fixed or determinable future time. "Certainty," as Ashurst, J., said, in *Carlos v. Fancourt* [[1794] 5 T.R., at p. 486], "is a great object in commercial instruments; and unless they carry their own validity on the face of them they are not negotiable". Now, the document under consideration did not fix a "determinable future time" for payment of the sums mentioned therein, but a fixed time—namely, "sixty days after sight". Consequently, the sum must be certain at this fixed time if it is to conform to the provisions of the

[6] [1922] V.L.R. 787.

annuel de douze pour cent, le montant d'intérêt à payer serait du même ordre que le principal. Par ailleurs, en prenant encore l'effet suivant la valeur qu'il porte, il n'est pas inconcevable que la «date du prêt» soit postérieure à celle de l'effet; alors, le montant de l'intérêt à payer pourrait n'être qu'une fraction négligeable du principal.

Le motif principal pour lequel je ne puis accepter ces arguments est qu'ils anéantissent tous deux la négociabilité et les tribunaux doivent rejeter toute interprétation mécanique de la *Loi* qui va ainsi à l'encontre de son but et de son économie.

L'effet dont il s'agit en l'espèce ressemble à celui que la Haute Cour d'Australie, dans l'arrêt *Rosenhain and Co. v. Commonwealth Bank of Australia*[6] a jugé ne pas être une lettre de change. Dans cette affaire-là, le document qui se voulait une lettre de change avait été tiré sur une société de Melbourne pour une somme déterminée payable à une date fixe [TRADUCTION] «avec intérêt au taux de 8 pour cent l'an jusqu'à l'arrivée à Londres du paiement pour couvrir la valeur reçue».

Dans l'affaire *Rosenhain*, la date à laquelle l'intérêt devait cesser de courir n'était pas susceptible d'être déterminée, alors qu'en l'espèce, la date à laquelle l'intérêt doit commencer à courir ne peut être établie à la lecture de l'effet. Dans les deux cas, l'imprécision quant à la date entraîne l'imprécision quant au montant d'intérêt à payer. Dans un jugement unanime d'une grande portée, la Haute Cour d'Australie affirme, aux pp. 790 et 791:

> [TRADUCTION] La «somme précise» doit cependant si l'effet doit constituer une lettre de change, être payable à demande ou à une époque future déterminée ou susceptible de l'être. La «précision», comme l'a dit le juge Ashurst dans *Carlos v. Fancourt*, [[1794] 5 T.R., à la p. 486], «est un objectif important en matière d'effets de commerce; et à moins qu'ils n'établissent leur validité à leur lecture même, ils ne sont pas négociables». Or, le document qui nous est soumis n'a pas fixé une «époque future susceptible d'être déterminée» pour le paiement des sommes y indiquées, mais une époque fixe, soit «à soixante jours de vue». Par conséquent, pour être con-

[6] [1922] V.L.R. 787.

Bills of Exchange Acts. But clearly the sum was not certain on that date, nor could it be made certain from anything appearing on the face of the document, for interest was to run on from the time fixed for payment—namely, "sixty days after sight" "until arrival of payment in London", and it was quite uncertain, both on the face of document and in fact, when this event would happen, or indeed whether it would happen at all.

I would dismiss the appeal. In accordance with the terms of the order granting leave to appeal, the costs of the appeal are to be awarded to the respondent on a solicitor and client basis.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Faber, Gurevitch, Calgary.

Solicitors for the respondent: Huckvale, Wilde & Krushal, Lethbridge.

forme aux dispositions des *Bills of Exchange Acts*, la somme doit être précise à cette époque fixe. Mais il est clair que la somme n'était pas précise à cette date, et qu'aucune indication apparente à la lecture du document ne peut la rendre précise, puisque l'intérêt doit courir à compter de la date prévue pour le paiement, soit «à soixante jours de vue» «jusqu'à l'arrivée à Londres du paiement», et il n'est pas du tout précisé, tant en fait qu'à la lecture du document, quand cet événement se produira, ni même s'il se produira jamais.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Conformément à l'ordonnance d'autorisation d'appel, l'intimé a droit aux dépens comme entre avocat et client.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Faber, Gurevitch, Calgary.

Procureurs de l'intimé: Huckvale, Wilde & Krushal, Lethbridge.

Arthur Gwyn Nicholson *Applicant*;

and

Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police *Respondent*;

and

The Attorney General for the Province of Ontario *Intervener.*

1981: February 16; 1981: March 2.

Present: Laskin C.J. and Dickson and McIntyre JJ.

ON AN APPLICATION FOR LEAVE TO APPEAL

Appeal — Motion for leave to appeal — Motion refused.

Administrative law — Police — Application for leave to appeal on effect of statute after Ontario Court of Appeal refused leave on particular issue from judgment of Ontario Divisional Court — Leave to appeal to intermediate appellate court granted on other issues — The Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1970, c. 374, s. 11.

MOTION for leave to appeal from the order of the Ontario Court of Appeal[1], dismissing an appeal from the Ontario Divisional Court. Motion dismissed.

Paul J. Osier, for the applicant.

Paul D. Amey, for the respondent.

Tom Lederer, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—In *Ernewein v. The Minister of Employment and Immigration*[2], this Court held that it would not entertain an application for leave to appeal from the refusal of an intermediate appellate court to grant leave to appeal to it where such leave was required to bring a case before that court. This principle, in my opinion, also applies in respect of any issue on which required leave to

[1] (1980), 31 O.R. (2d) 195, (1980), 117 D.L.R. (3d) 604.
[2] [1980] 1 S.C.R. 639.

Arthur Gwyn Nicholson *Requérant*;

et

Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police *Intimé*;

et

Le procureur général de la province de l'Ontario *Intervenant.*

1981: 16 février; 1981: 2 mars.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson et McIntyre.

SUR UNE DEMANDE D'AUTORISATION DE POURVOI

Appel — Requête en autorisation de pourvoi — Requête rejetée.

Droit administratif — Police — Demande de permission d'appeler sur l'effet d'une loi après le refus de la Cour d'appel de l'Ontario d'autoriser un appel interjeté sur une question particulière d'un arrêt de la Cour divisionnaire de l'Ontario — Autorisation d'appel à une cour d'appel intermédiaire accordée sur d'autres questions — The Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1970, chap. 374, art. 11.

REQUÊTE en autorisation de pourvoi contre un ordre de la Cour d'appel de l'Ontario[1], rejetant un appel de la Cour divisionnaire de l'Ontario. Requête rejetée.

Paul J. Osier, pour le requérant.

Paul D. Amey, pour l'intimé.

Tom Lederer, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Dans *Ernewein c. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration*[2], cette Cour a décidé qu'elle n'entendrait pas une demande de permission d'appeler du refus d'une cour d'appel intermédiaire d'autoriser qu'une affaire lui soit soumise quand l'autorisation est nécessaire. A mon avis, ce principe s'applique également à l'égard de toute question pour laquelle il

[1] (1980), 31 O.R. (2d) 195, (1980), 117 D.L.R. (3d) 604.
[2] [1980] 1 R.C.S. 639.

appeal has been refused by the intermediate appellate court, although leave to appeal to it was granted on other issues.

Accordingly, I hold that this Court will not entertain applicant's request for leave to appeal on the effect of s. 11 of *The Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1970, c. 374, when the Ontario Court of Appeal refused leave to appeal on this issue from the judgment of the Ontario Divisional Court. The issue was a key one in the application for leave to appeal to this Court and, this apart, I am not persuaded that the application for leave should be granted. I would, accordingly, dismiss it but without costs.

Application dismissed without costs.

Solicitors for the applicant: Arrell, Brown, Osier & Murray, Caledonia.

Solicitors for the respondent: Waterous, Holden, Kent & Amey, Brantford.

Solicitor for the intervener: D. W. Brown, Toronto.

faut une autorisation d'appeler que la cour d'appel intermédiaire a refusée tout en accordant l'autorisation sur d'autres questions.

Par conséquent, je conclus que cette Cour n'entendra pas la demande de permission d'appeler du requérant quant à l'effet de l'art. 11 de *The Public Authorities Protection Act*, R.S.O. 1970, chap. 374, puisque la Cour d'appel de l'Ontario a refusé d'autoriser un appel de l'arrêt de la Cour divisionnaire de l'Ontario sur ce point. C'est la clef de voûte de la demande de permission d'appeler à cette Cour et, ceci mis à part, je ne suis pas convaincu que la permission devrait être accordée. Je suis donc d'avis de la rejeter mais sans dépens.

Demande rejetée sans dépens.

Procureurs du requérant: Arrell, Brown, Osier & Murray, Caledonia.

Procureurs de l'intimé: Waterous, Holden, Kent & Amey, Brantford.

Procureur de l'intervenant: D. W. Brown, Toronto.

Les Terrasses Zarolega Inc., Joseph Zappia, Gérald Robinson, René Lépine and Andrew Gaty *Appellants*;

and

La Régie des installations olympiques *Respondent.*

1980: November 4; 1981: February 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Administrative law — Civil procedure — Declaratory judgment — Expropriation of Olympic Village — Jurisdiction of arbitration committee — Act respecting the Olympic Village, 1976 (Qué.), c. 43, ss. 6, 10, 27 — Civil Code, art. 407 — Code of Civil Procedure, art. 453.

The case arose following expropriation of the Olympic Village, as a result of which respondent was made owner of the Olympic Village and of accessory assets and rights as of April 6, 1976. Appellant Zarolega had agreed in the fall of 1974 with the *Comité organisateur des jeux olympiques* (COJO) to build and finance the Olympic Village. Following meetings of a Parliamentary Commission in January 1975, COJO and Zarolega were invited to negotiate a new agreement. A letter of intent was signed on February 4, 1975. They were again asked to renegotiate and a new agreement was drawn up in January 1976, but this agreement was not signed by all the parties. The expropriation then took place, terminating relations between the parties, making respondent subject to a number of obligations, releasing COJO from its obligations to appellant and creating an arbitration committee to determine the expropriation compensation to which appellant was entitled. Before the committee was even created, appellants applied to the Superior Court for a declaratory judgment on seven questions relating to:

(a) determining the agreement in effect between the parties at the time the Act was passed (Question I);

(b) the action before the arbitration committee (Questions II and III);

(c) the relations between Zarolega and COJO, and the latter's obligations regarding claims brought by creditors against Zarolega (Question IV);

Les Terrasses Zarolega Inc., Joseph Zappia, Gérald Robinson, René Lépine et Andrew Gaty *Appelants*;

et

La Régie des installations olympiques *Intimée.*

1980: 4 novembre; 1981: 3 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit administratif — Procédure civile — Jugement déclaratoire — Expropriation du Village olympique — Juridiction du Conseil d'arbitrage — Loi concernant le village olympique, 1976 (Qué.), chap. 43, art. 6, 10 et 27 — Code civil, art. 407 — Code de procédure civile, art. 453.

Le litige fait suite à l'expropriation du Village olympique, en vertu de laquelle l'intimée est devenue propriétaire du Village olympique ainsi que des biens et droits accessoires, à compter du 6 avril 1976. L'appelante Zarolega avait convenu, à l'automne 1974, avec le Comité organisateur des jeux olympiques (COJO), de construire et financer le Village olympique. A la suite des séances de la Commission parlementaire de janvier 1975, le COJO et Zarolega furent invités à négocier une nouvelle convention. Une lettre d'intention fut signée le 4 février 1975. Ils furent de nouveau appelés à renégocier et une nouvelle convention fut préparée en janvier 1976, convention qui ne fut pas signée par toutes les parties. Vint alors l'expropriation, qui mit fin aux relations entre les parties, imposa de nombreuses obligations à l'intimée, dégagea le COJO de ses obligations envers l'appelante et établit un conseil d'arbitrage dont le mandat était de déterminer l'indemnité d'expropriation à laquelle l'appelante avait droit. Avant même que ce conseil ne soit constitué, les appelants se sont adressés à la Cour supérieure pour obtenir un jugement déclaratoire sur sept questions ayant pour objet:

a) la détermination de l'entente en vigueur entre les parties au moment de l'adoption de la Loi (question I);

b) le recours devant le conseil d'arbitrage (questions II et III);

c) les rapports entre Zarolega et le COJO, et les obligations de ce dernier en ce qui concerne les réclamations de créanciers dirigées contre Zarolega (question IV);

(d) the relations between Zarolega and respondent and the latter's obligations regarding claims brought by creditors against Zarolega (Questions V, VI and VII).

Held: The appeal should be dismissed, except as to Question III.

The Court concluded that it is to say the least premature to speak of confiscation, since the arbitration committee has not yet even been created, and it answered the questions presented as follows:

—Question I: not on appeal;

—Question II: the Court of Appeal properly found that the Superior Court lacked jurisdiction to decide what the compensation should include and therefore no answer should be given to this question;

—Question III: by its very form Question III only requires an answer if Question II has been answered in the negative: the Court varied the decision of the Court of Appeal and gave no answer to this question;

—Question IV: affirming the Court of Appeal, the Court concluded that COJO was released from any obligation to compensate Zarolega;

—Question V and VI: the Court answered in the negative, adopting the reasons of the lower courts;

—Question VII: the Court gave no answer, since this question only required an answer if an affirmative answer was given to Questions V and VI.

Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission et al., [1969] 1 All E.R. 208; *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 S.C.R. 1132; *Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec*, [1979] 1 S.C.R. 555; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615; *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co. Ltd.*, [1923] S.C.R. 652; *Cassidy v. Stuart*, [1928] 3 D.L.R. 879; *Towah Interest Ltd. v. Procureur général du Québec*, [1968] R.P. 378; *Société québécoise d'exploitation minière v. Hébert et al.*, [1974] C.A. 78; *Bertho v. Hôpital de Chicoutimi*, [1976] C.A. 154; *Campisi v. Procureur général du Québec*, [1978] C.A. 520, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec[1], varying a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed, except as to Question III.

[1] [1979] C.A. 497.

d) les rapports entre Zarolega et l'intimée, et les obligations de cette dernière en ce qui concerne les réclamations de créanciers dirigées contre Zarolega (questions V, VI et VII).

Arrêt: Le pourvoi est rejeté, sauf quant à la question III.

Après avoir conclu qu'il est pour le moins prématuré de parler de confiscation, puisque le conseil d'arbitrage n'est pas encore constitué, la Cour répond comme suit aux questions posées:

—Question I: non portée en appel.

—Question II: la Cour d'appel a raison de conclure que la Cour supérieure n'a pas juridiction pour déterminer ce que doit comprendre l'indemnité. En conséquence aucune réponse ne doit être donnée à cette question.

—Question III: par sa formulation même, cette question ne requérait une réponse que si la question II recevait une réponse négative. La Cour modifie l'arrêt de la Cour d'appel et ne répond pas à cette question.

—Question IV: confirmant la Cour d'appel, la Cour conclut que le COJO est dégagé de toute obligation d'indemniser Zarolega.

—Questions V et VI; la Cour y répond par la négative, faisant siennes les raisons des cours inférieures.

—Question VII: la Cour n'y répond pas, puisque cette question n'appelait de réponse que si une réponse affirmative était donnée aux questions V et VI.

Jurisprudence: *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission et al.*, [1969] 1 All E.R. 208; *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des-Monts*, [1977] 2 R.C.S. 1132; *Vachon c. Procureur général de la province de Québec*, [1979] 1 R.C.S. 555; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Barraclough v. Brown*, [1897] A.C. 615; *City of Lethbridge c. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co. Ltd.*, [1923] R.C.S. 652; *Cassidy v. Stuart*, [1928] 3 D.L.R. 879; *Towah Interest Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1968] R.P. 378; *Société québécoise d'exploitation minière c. Hébert et autre*, [1974] C.A. 78; *Bertho c. Hôpital de Chicoutimi*, [1976] C.A. 154; *Campisi c. Procureur général du Québec*, [1978] C.A. 520.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a modifié un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté, sauf quant à la question III.

[1] [1979] C.A. 497.

Mitchell Klein, *Pierre Pinard* and *Sylvain Lussier*, for the appellants.

Lorne Giroux, *Mireille Zigby* and *Gilles Jolicœur*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This appeal is from three decisions of the Court of Appeal of Quebec, on as many appeals from a judgment of the Superior Court on appellants' motion for a declaratory judgment pursuant to art. 453 *C.C.P.*

The case arose following expropriation of the Olympic Village by the *Act respecting the Olympic Village*, 1976 (Que.), c. 43. By that Act, the *Régie des installations olympiques* (RIO) was made the owner of the Olympic Village and of accessory assets and rights as of April 6, 1976. The Olympic Village was the facility provided to accommodate athletes, their trainers and representatives of national delegations who came to Montreal specifically for the 1976 Olympic Games.

The following summary of the facts is taken from the opinion of Turgeon J.A. who rendered the judgment of the Court of Appeal:

[TRANSLATION] In October and November 1974, two agreements were concluded between the *Comité organisateur des jeux olympiques 1976* (hereinafter referred to as COJO) and Zarolega, the object of which was the construction and financing of the Olympic Village (Exhibits P-1 and P-2).

The first, so-called "principal" agreement was not financially very advantageous to COJO. Under this agreement, Zarolega was to make an investment of four million dollars, and further undertook to obtain private financing for a loan on first hypothec of some twenty million dollars. The difference of six million between the cost of the project, then estimated at about thirty million, and the investment made by Zarolega, plus the first hypothec, was to be assumed by COJO and guaranteed by a second hypothec.

The recovery of COJO's investment was directly linked to the profits made by Zarolega, over a five-year period, from operation of the project after the Olympic Games.

Mitchell Klein, *Pierre Pinard* et *Sylvain Lussier*, pour les appelants.

Lorne Giroux, *Mireille Zigby* et *Gilles Jolicœur*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce pourvoi est à l'encontre de trois arrêts de la Cour d'appel du Québec rendus sur autant d'appels d'un jugement de la Cour supérieure sur la requête des appelants pour jugement déclaratoire suivant l'art. 453 *C.p.c.*

Le litige fait suite à l'expropriation du Village olympique par la *Loi concernant le village olympique*, 1976 (Qué.), chap. 43. Par cette loi, la Régie des installations olympiques (RIO) est devenue propriétaire du Village olympique ainsi que des biens et droits accessoires, à compter du 6 avril 1976. Le Village olympique était cet ensemble destiné à loger les athlètes, les entraîneurs et les représentants des délégations nationales venus participer aux jeux olympiques de 1976 à Montréal.

Le résumé suivant des faits est extrait de l'opinion du juge Turgeon qui a rendu le jugement de la Cour d'appel:

Au cours des mois d'octobre et de novembre 1974, deux conventions intervinrent entre le Comité organisateur des jeux olympiques 1976 (ci-après appelé COJO) et Zarolega, lesquelles avaient pour objet la construction et le financement du Village olympique (pièces P-1 et P-2).

La première de ces conventions, dite principale, n'était pas très avantageuse financièrement pour le COJO. En vertu de cette convention, Zarolega devait effectuer une mise de fonds de quatre millions de dollars et s'engageait de plus à obtenir en financement privé un prêt en première hypothèque de l'ordre de vingt millions. La différence de six millions entre le coût du projet estimé alors à environ trente millions et la mise de fonds de Zarolega, plus la première hypothèque, devait être assumée par le COJO et garantie par une seconde hypothèque.

La récupération de l'investissement de COJO était directement reliée aux profits réalisés par Zarolega, sur une période de cinq ans, provenant de l'exploitation du projet après les jeux olympiques.

At COJO's request, a Parliamentary Commission was formed to review the range of problems relating to the holding of the 1976 Olympic Games. At that time, the estimated cost of the project had risen from thirty to fifty million dollars. Under P-1, COJO had to make up the financing discrepancy between Zarolega's investment and the cost of the project, and it became clear that marketing such a costly residential project reduced COJO's earning potential.

It should be noted that under Exhibit P-3, Les Terrasses Zarolega had purchased from the City of Montreal the land on which the Olympic Village was to be built.

Following meetings of the Parliamentary Commission in January 1975, construction work was temporarily suspended and COJO and Zarolega were invited to renegotiate a new agreement.

A letter of intent (P-4) was negotiated between COJO and Zarolega and submitted to the Parliamentary Commission in February 1975. The parties were then asked to prepare by July 1975 a new agreement, which would incorporate the provisions of the letter of intent of February 4, 1975.

Between February and July 1975, cost estimates continued to rise to a figure of seventy-four million dollars.

At meetings of the Parliamentary Commission in July 1975, COJO and Zarolega were invited to again renegotiate their earlier agreements. Fresh negotiations resulted in a second letter of intent (Exhibit P-5), which was submitted to the Parliamentary Commission in July 1975. It was then agreed that a new agreement would be prepared based on this second letter of intent, the effect of which would be to improve COJO's position, since it would be assured of recovering a large part of its investment through a purchase option given to it. The January 1976 agreement (Exhibit P-6), the "Comprehensive Agreement", was the outcome of negotiations which lasted throughout 1975. This agreement was not signed by all the parties in the matter.

This was followed by the *Act respecting the Olympic Village*, assented to on April 30, 1976, making the RIO owner of the Olympic Village as of April 6, 1976.

This terminated negotiations between the parties, as their respective rights and obligations were now subject, as a result of this Act, to a new legal frame of reference.

Sur l'initiative de COJO, une commission parlementaire fut formée pour étudier l'ensemble des problèmes relatifs à la tenue des jeux olympiques de 1976. A cette époque, les coûts estimés du projet étaient passés de trente à cinquante millions. COJO devant, selon P-1, combler l'écart de financement entre l'investissement de Zarolega et le coût du projet, il devenait évident que la commercialisation d'un projet domiciliaire aussi coûteux réduisait la possibilité de récupération de COJO.

Il faut souligner que par la pièce P-3, Les Terrasses Zarolega avaient acquis de la ville de Montréal le terrain où devait s'élever le Village olympique.

A la suite des séances de la Commission parlementaire de janvier 1975, les travaux de construction furent momentanément suspendus et COJO et Zarolega furent invités à renégocier une nouvelle convention.

Une lettre d'intention (P-4) fut négociée entre COJO et Zarolega et déposée devant la commission parlementaire en février 1975. Il fut alors demandé aux parties de préparer, pour le mois de juillet 1975, une nouvelle convention qui tiendrait compte des dispositions de la lettre d'intention du 4 février 1975.

Entre février et juillet 1975, les prévisions des coûts ne cessèrent d'augmenter pour atteindre 74 millions.

Lors des séances de la commission parlementaire de juillet 1975, COJO et Zarolega furent invités à renégocier à nouveau leurs conventions antérieures. De nouvelles négociations donnèrent lieu à une seconde lettre d'intention (pièce P-5) qui fut déposée devant la commission parlementaire de juillet 1975. Il fut alors convenu qu'une nouvelle convention serait préparée à partir de cette dernière lettre d'intention qui avait pour effet d'améliorer la situation de COJO puisque celui-ci se voyait assuré de récupérer une bonne partie de son investissement par le biais d'une option d'achat qui y était consentie. La convention de janvier 1976 (pièce P-6) «Comprehensive Agreement» fut l'aboutissement des négociations qui se déroulèrent au long de l'année 1975. Cette convention ne fut pas signée par toutes les parties en cause.

Vint ensuite la *Loi concernant le village olympique* sanctionnée le 30 avril 1976, faisant de la RIO le propriétaire du Village olympique à compter du 6 avril 1976.

Cela mit fin aux négociations entre les parties dont les droits et obligations respectifs se trouvèrent soumis à un nouveau régime juridique par l'effet de cette loi.

The RIO was made subject to a number of obligations which will be dealt with below. The City of Montreal and COJO, for their part, were released from their obligations to the former owner Zarolega under the contracts entered into between them and the latter, and relating to the Olympic Village.

The Act further provides (s. 10) that "The former owner shall receive as compensation the sums determined by the arbitration committee contemplated in Division III". Sections 15 to 25 of Division III provide for the composition and procedure of the arbitration committee, and ss. 26 to 34 deal with the arbitration committee's award.

Before the arbitration committee was created, and it still has not been, appellants applied to the Superior Court for a declaratory judgment on the following points:

I—Which agreement was the agreement in force between Zarolega and COJO immediately prior to the passage of Bill 25, the Development Agreement, Exhibits P-1 and P-2, or the Comprehensive Agreement, Exhibit P-6(A)1 and ancillary documents?

II—Is the indemnity to which Plaintiffs are entitled in virtue of the passage of Bill 25 limited to the items set forth in Section 27 thereof?

III—If the answer to II above is no, upon which agreements are Plaintiffs entitled to indemnity?

(a) The Development Agreement and

(i) Clause 7 of the February 4, 1975 Letter of Intent, Exhibit P-4 which deals specifically with expropriation and which clause was confirmed by collateral letter on the occasion of the execution of each of the ELEVEN (11) Deeds of Loan signed before the 29th day of January 1976, the date of the Comprehensive Agreement (See Exhibit P-8, letter agreements dated June 6, 1975, September 23, 1975, and January 15, 1976, each of which annexed the letter of February 19, 1975, which in Section 3 thereof confirmed Clause 7 of the Letter of Intent); or

(b) The Comprehensive Agreement.

IV—Has Bill 25 released COJO from the obligation to indemnify ZAROLEGA with respect to claims of

La RIO se voit imposer de nombreuses obligations dont il sera traité plus loin. La ville de Montréal et le COJO sont pour leur part dégagés de leurs obligations envers le propriétaire antérieur Zarolega en vertu des contrats intervenus entre eux et ce dernier et ayant trait au Village olympique.

La Loi stipule par ailleurs (art. 10) que «Le propriétaire antérieur reçoit, à titre d'indemnité, les sommes déterminées par le conseil d'arbitrage visé à la section III». Les articles 15 à 25 de la section III pourvoient à la composition et au fonctionnement du conseil d'arbitrage tandis que les art. 26 à 34 traitent de la sentence du conseil d'arbitrage.

Avant que le conseil d'arbitrage ne soit constitué, il ne l'est pas encore, les appelants se sont adressés à la Cour supérieure pour obtenir un jugement déclaratoire sur les questions suivantes:

[TRADUCTION]

I—Quelle était l'entente en vigueur entre Zarolega et COJO, immédiatement avant l'adoption de la Loi 25, le contrat d'aménagement, pièces P-1 et P-2 ou le contrat général, pièce P-6(A)1 et les documents accessoires?

II—L'indemnité à laquelle les demandeurs ont droit en vertu de l'adoption de la Loi 25 est-elle limitée aux chefs énumérés à l'art. 27?

III—Si la réponse à la question II est négative, en vertu de quelles ententes les demandeurs ont-ils droit d'être indemnisés?

a) Le contrat d'aménagement et

i) La clause 7 de la lettre d'intention du 4 février 1975, pièce P-4, qui traite particulièrement de l'expropriation et qui a été confirmée par une lettre concomittante à la signature de chacun des onze (11) contrats de prêt signés avant le 29 janvier 1976, date du contrat général (voir pièce P-8, lettres d'entente en date des 6 juin 1975, 23 septembre 1975 et 15 janvier 1976, dont chacune est annexée à la lettre du 19 février 1975, laquelle confirme à son article 3, la clause 7 de la «lettre d'intention»); ou

b) Le contrat général.

IV—Le projet de loi 25 a-t-il libéré COJO de l'obligation d'indemniser ZAROLEGA relativement aux

unpaid creditors pursuant to agreements executed between Zarolega and such creditor(s) with the approval of COJO, where such claims result from services rendered, work done and/or materials supplied on or before the 30th day of April 1976?

V—Is RIO bound to indemnify Zarolega with respect to claims of unpaid creditors pursuant to agreements executed between Zarolega and such creditor(s), with the approval of COJO where such claims result from services rendered, work done and/or materials supplied on or before the 30th day of April 1976?

VI—Is RIO bound to indemnify Zarolega with respect to claims of unpaid creditors pursuant to agreements executed between Zarolega and such creditor(s) with the approval of COJO where such claims result from " ... the performance of obligations undertaken by the contractors, subcontractors, suppliers of materials and lessors of goods or services for work done, materials supplied and goods or services leased to the Olympic Village"?

VII—If the answer to V and/or VI above is yes, is Zarolega entitled to be relieved from the contestation of the claims of such creditors, as provided in Section 220 C.P.?

These questions, in my view, have a fourfold purpose: (a) determining the agreement in effect between the parties at the time the Act was passed (Question I); (b) the action before the arbitration committee (Questions II and III); (c) the relations between Zarolega and COJO, and the latter's obligations regarding claims brought by creditors against Zarolega (Question IV); (d) the relations between Zarolega and RIO, and the latter's obligations regarding claims brought by creditors against Zarolega (Questions V, VI and VII).

Counsel for the appellants informed the Court that there are against Zarolega some four million dollars in claims relating to the Olympic Village.

The questions presented by appellants are not all interrelated and must be examined separately.

First, however, I think it is proper to dispose of appellants' argument that the *Act respecting the*

réclamations des créanciers impayés par suite des contrats intervenus entre Zarolega et ce(s) créancier(s) avec l'approbation de COJO, lorsque ces réclamations résultent de services rendus, de travaux effectués et(ou) de matériaux fournis jusqu'au 30 avril 1976?

V—RIO doit-il indemniser Zarolega relativement aux créances de créanciers impayés par suite des contrats intervenus entre Zarolega et ce(s) créancier(s) avec l'approbation de COJO, lorsque ces réclamations résultent de services rendus, de travaux effectués et(ou) de matériaux fournis jusqu'au 30 avril 1976?

VI—RIO doit-il indemniser Zarolega relativement aux réclamations des créanciers impayés par suite des contrats intervenus entre Zarolega et ce(s) créancier(s) avec l'approbation de COJO, lorsque ces réclamations résultent de « ... l'exécution d'obligations auxquelles s'étaient engagés les entrepreneurs, les sous-entrepreneurs, les fournisseurs de matériaux, et les locateurs de biens et de services pour les travaux effectués, les matériaux fournis et les biens ou services loués au Village olympique»?

VII—Si la réponse à l'une ou l'autre des questions V et VI susmentionnées est affirmative, Zarolega peut-elle être mise hors de cause comme le prévoit l'article 220 du C.P.?

Ces questions me paraissent avoir quatre objets: (a) la détermination de l'entente en vigueur entre les parties au moment de l'adoption de la Loi (question I); (b) le recours devant le conseil d'arbitrage (questions II et III); (c) les rapports entre Zarolega et le COJO, et les obligations de ce dernier en ce qui concerne les réclamations de créanciers dirigées contre Zarolega (question IV); (d) les rapports entre Zarolega et la RIO, et les obligations de cette dernière en ce qui concerne les réclamations de créanciers dirigées contre Zarolega (questions V, VI et VII).

Les procureurs des appelants nous ont fait part qu'il y a quelque quatre millions de dollars de réclamations contre Zarolega se rapportant au Village olympique.

Les questions posées par les appelants ne sont pas toutes reliées entre elles et il convient de les aborder une à une.

Mais auparavant, il me paraît opportun de disposer de la prétention des appelants à l'effet que la

Olympic Village is a confiscatory statute, which carries out an expropriation without compensation.

Their factum states:

Inherent in all of the Questions before this Honorable Court ..., is the pretention of [Appellants] ... that the Act is confiscatory, and should be interpreted to result in expropriation without indemnification.

It is to say the least premature to speak of confiscation, before the arbitration committee has even been created, or has given any ruling whatever regarding the compensation to which Zarolega is entitled under this Act.

Respondent properly wrote:

[TRANSLATION] ... Bill 25, far from confiscating private property without compensation, on the contrary expressly provides that the former owner will receive compensation for loss of the property.

Further:

[TRANSLATION] In the case at bar, the Quebec legislator saw fit to intervene by a special statute and expropriate the Olympic Village himself. Accordingly, Bill 25 creates a special system of rights and obligations between RIO, COJO and the former owners. In particular, this special legislation provides for the payment of compensation to the former owner. For the purpose of determining the sums of this compensation, the legislator has provided a special, complete and self-contained procedure apart from the general law. The legislator clearly and specifically intended for this matter to be determined by an arbitration committee, and took care to indicate the composition, powers, procedure, decision deadlines and implementation of the award of that committee. The procedure which the Act provides for the committee is complete, self-contained and capable of providing the parties with satisfaction.

QUESTION I

The trial judge held that at the time the *Act respecting the Olympic Village* was passed the agreement in effect was the "Comprehensive Agreement". No appeal was brought from this part of the judgment, which is now *res judicata*.

QUESTION II

The question of whether the compensation to which appellants are entitled is limited to the items

Loi concernant le village olympique est une loi de confiscation qui effectue une expropriation sans indemnité.

On lit dans leur factum:

[TRADUCTION] Dans toutes les questions à cette honorable Cour ..., se trouve la prétention des [appelants] ... que la Loi vise la confiscation, et qu'on doit y voir une expropriation sans indemnité,

Il est pour le moins prématuré de parler de confiscation avant même que le conseil d'arbitrage ne soit constitué et se soit prononcé sur quoi que ce soit relativement à l'indemnité à laquelle Zarolega a droit en vertu de cette loi.

L'intimée a raison d'écrire:

... la Loi 25, loin de confisquer la propriété privée sans indemnité, prévoit au contraire, et de façon expresse, que le propriétaire antérieur recevra compensation pour la perte de la propriété.

Et ailleurs:

Dans le présent cas, le législateur québécois a jugé bon d'intervenir par loi spéciale pour exproprier lui-même le Village Olympique. C'est ainsi que la Loi 25 crée un régime spécial de droits et d'obligations entre R.I.O., COJO et les propriétaires antérieurs. En particulier, cette législation spéciale prévoit le paiement d'une indemnité en faveur du propriétaire antérieur. Pour la détermination des sommes constituant cette indemnité, le législateur a prévu une procédure particulière, complète et autonome en marge du régime général. Le législateur a clairement et spécifiquement voulu que cette question soit déterminée par un tribunal d'arbitrage dont il prévoit avec soin la composition, les pouvoirs, la procédure, les délais pour rendre décision et l'exécution de la sentence. La procédure prévue devant le tribunal par la loi est complète, autonome et de nature à donner satisfaction aux parties.

QUESTION I

Le juge de première instance a décidé qu'au moment de l'adoption de la *Loi concernant le village olympique* l'entente en vigueur était le «Comprehensive Agreement». Il n'a pas été interjeté appel de cette partie du jugement qui est maintenant chose jugée.

QUESTION II

Poser la question de savoir si l'indemnité à laquelle les appelants ont droit est limitée aux

set forth in s. 27 of the Act is equivalent to asking whether the word "include" preceding this list has a limiting effect.

Section 27 reads as follows:

27. The compensation shall include the investments of the former owner, the true value of the promotional and managerial services he has rendered respecting the construction of the Olympic Village and interest at the rate and from the dates fixed by the arbitrators.

Respondent pleaded at the outset that the Superior Court lacked jurisdiction to decide this question, and that it should be disposed of by the arbitration committee.

The Superior Court judge took the opposite view, and proceeded to dispose of the matter, finding that the word "include" in s. 27 does not have a limiting effect, and that appellants could present to the arbitration committee other items in addition to those listed.

Respondent appealed from this judgment concurrently with the judgment on Question III. These judgments were the subject of the first decision of the Court of Appeal disputed by the appeal at bar. I will deal with Question III below.

The Court of Appeal found for the respondent on Question II and held that, under the *Act respecting the Olympic Village*, the Superior Court lacked jurisdiction to decide this matter, which must remain unresolved.

I agree with the Court of Appeal that no answer should be given to Question II.

Turgeon J.A. undertook a review of the Act and its principal provisions:

[TRANSLATION]The *Act respecting the Olympic Village* provides that the Board becomes owner of the Olympic Village as of April 6, 1976, of movable property found on the premises, of movable property acquired with the sums of money deposited in any bank account opened jointly by the organizing committee and the former owner, of the equipment, machinery and vehicles which have served, serve or are to serve for the construction of the Olympic Village and were owned by the former owner, of the former owner's claims arising from contracts made with the City of Montreal or the

chefs de réclamation énumérés dans l'art. 27 de la Loi, c'est en somme demander si le mot «comprend» qui précède cette énumération est limitatif.

L'article 27 se lit comme suit:

27. L'indemnité comprend les investissements du propriétaire antérieur, la valeur réelle des services de promotion et de gérance qu'il a rendus relativement à la construction du Village olympique et les intérêts au taux et à compter des dates fixés par les arbitres.

L'intimée a plaidé au départ que la Cour supérieure n'a pas juridiction pour se prononcer sur cette question et qu'il appartient au conseil d'arbitrage d'en disposer.

Le juge de la Cour supérieure étant d'avis contraire procéda à en disposer et détermina que le mot «comprend» à l'art. 27 n'est pas limitatif et que devant le conseil d'arbitrage les appelants pourront faire valoir d'autres chefs de réclamation en plus de ceux énumérés.

L'intimée en a appelé de ce jugement en même temps que du jugement sur la question III. Ces jugements font l'objet du premier arrêt de la Cour d'appel attaqué par le présent pourvoi. J'aborderai la question III plus loin.

La Cour d'appel donna raison à l'intimée sur la question II et décida qu'aux termes de la *Loi concernant le village olympique* la Cour supérieure n'avait pas juridiction pour se prononcer sur cette question qui doit rester sans réponse.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'aucune réponse ne doit être donnée à la question II.

Le juge Turgeon procède à une revue de la Loi et de ses principales dispositions:

La Loi concernant le Village olympique décrète que la régie devient propriétaire du Village olympique, à compter du 6 avril 1976, des biens meubles se trouvant sur les lieux visés, des biens meubles acquis grâce aux sommes d'argent déposées dans tout compte de banque ouvert conjointement par le comité et le propriétaire antérieur, de l'équipement, de l'outillage et des véhicules ayant servi, servant ou devant servir à la construction du Village olympique et appartenant au propriétaire antérieur, des créances du propriétaire antérieur nées de contrats conclus avec la ville de Montréal ou le comité

committee, or in connection with these contracts or with construction work and the negotiable instruments issued in connection with them, of the rights of the former owner regarding any sum of money deposited in any bank account opened jointly by it and by the committee, and of the rights of the former owner regarding sums of money paid or payable by the committee under the terms of the hypothecary loan contracts made by it with the former owner.

Section 10 of the said Act provides that the former owner shall receive as compensation the sums determined by the arbitration committee contemplated in Division III.

Division III provides that the arbitration committee shall consist of three members appointed by the Lieutenant-Governor in Council, in accordance with the procedure, formalities and conditions indicated in the Act.

Section 26 further states that the arbitration committee's award shall state reasons and be signed by the members who concur in it.

Section 27 indicates what the compensation shall include, namely the former owner's investments, the true value of the promotional and managerial services it has rendered, and interest at the rate and from the dates fixed by the arbitrators.

Under s. 34, the arbitration committee's award may be executed by the authority of the court having jurisdiction, upon proceedings instituted by one of the parties.

. . .

The arbitration committee contemplated by the Act constituting the Olympic Village is a body created by legislation, exercising quasi-judicial powers. This committee corresponds to the criteria for a judicial body, because its decision directly affects the ownership right of respondents and it has a duty to act judicially. Thus, s. 20 requires it to hold public hearings, it has the power to summon witnesses, compel them to appear and testify, and it must give reasons for its award, which may be implemented by authority of the court having jurisdiction. The chairman has the powers of a judge of the Superior Court for the conduct of hearings of the committee. All these aspects of its functions empower the committee to act judicially and ensure that it meets the principal criteria of quasi-judicial operation in exercising its jurisdiction.

The opinion of the Court of Appeal is well summed up in the following two passages, which I quote:

ou nées à l'occasion de ces contrats ou des travaux de construction et des effets de commerce émis à leur occasion, des droits du propriétaire antérieur dans les sommes déposées dans tout compte de banque ouvert conjointement par lui et le comité, des droits que possède le propriétaire antérieur aux sommes d'argent versées ou à être versées par le comité aux termes des contrats de prêt hypothécaire consentis par ce dernier en faveur du propriétaire antérieur.

L'article 10 de ladite loi décrète que le propriétaire antérieur reçoit, à titre d'indemnité, les sommes déterminées par le conseil d'arbitrage visé à la section III.

Il est dit à cette section III que le conseil d'arbitrage est constitué de trois membres nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil suivant la procédure, les formalités et les conditions que la loi stipule.

L'article 26 ajoute que la sentence du conseil d'arbitrage doit être motivée et signée par les membres qui y concourent.

L'article 27 détermine ce que doit comprendre l'indemnité, soit les investissements du propriétaire antérieur, la valeur réelle des services de promotion et de gérance qu'il a rendus et les intérêts au taux et à compter des dates fixées par les arbitres.

En vertu de l'article 34, la sentence du conseil d'arbitrage peut être exécutée sous l'autorité du tribunal compétent, sur poursuite intentée par une partie.

. . .

Le tribunal d'arbitrage visé par la Loi constituant le village olympique est un organisme législativement constitué, exerçant des pouvoirs quasi-judiciaires. Ce tribunal d'arbitrage rencontre les critères d'identification de la fonction judiciaire parce que sa décision affecte directement le droit de propriété des intimés et qu'il a le devoir d'agir de façon judiciaire. Ainsi, il doit siéger en séances publiques en vertu de l'article 20, il a le pouvoir d'assigner des témoins, de les contraindre à comparaître et témoigner et il doit rendre une sentence motivée qui peut être exécutée sous l'autorité du tribunal compétent. Le président possède les pouvoirs d'un juge de la Cour supérieure pour la conduite des séances du conseil. Ce sont tous là des éléments imposant au tribunal le pouvoir d'agir judiciairement et établissant que celui-ci rencontre les principaux critères d'identification de la fonction quasi-judiciaire dans l'exercice de sa juridiction.

L'opinion de la Cour d'appel est bien résumée par les deux passages suivants que je cite:

[TRANSLATION]I am of the view that the Superior Court should not intervene by a declaratory judgment when the legislator has specifically provided that the matter is to be decided by some other tribunal. Both English and Canadian precedents would appear to lead to this conclusion.

. . .

I think it can be said that Canadian authorities is to the effect that the Superior Court should not use its declaratory power when a lower tribunal has been created by the legislator to decide on some particular issue.

The difficulty with appellants' argument stems from the distinction which they would have this Court make between the sums that are to be included in the compensation and the extent or scope of the compensation, in particular the items on which these sums are to be based. This is the foundation of their entire argument.

Thus, they suggest that the arbitration committee only has the power to determine the sums, while it is for the Superior Court to determine the items for which those sums may be awarded.

In their factum they state:

It is clear from the terms of Section 10 that the arbitration committee has only been granted jurisdiction to determine the sums to which Appellants are entitled to as compensation.

The Act, however, does not grant the arbitration committee the right to decide the scope, or extent, of the indemnity to which Appellants are entitled.

The Act does not state "the former owner shall receive compensation for such matters, and in such amounts, as the board, in their sole discretion, shall decide", or similar language implying absolute discretion, or jurisdiction.

The Act simply states that the former owner "shall receive as compensation the sums determined by the arbitration committee . . . "

and they further state:

In the present case, the Legislature has granted the arbitration committee jurisdiction to establish sums—but nothing more. It is for the Courts to determine the extent, or scope, of the jurisdiction granted the arbitration committee by the Act.

Je suis d'opinion que la Cour supérieure ne doit pas intervenir par jugement déclaratoire quand le législateur a spécifiquement prévu un autre tribunal pour décider d'une question. La jurisprudence anglaise et la jurisprudence canadienne me semblent à cet effet.

. . .

Je crois que l'on peut affirmer que la jurisprudence canadienne est à l'effet que la Cour supérieure n'utilisera pas son pouvoir déclaratoire lorsqu'un tribunal inférieur a été créé par le législateur pour adjuger sur une question particulière.

La difficulté engendrée par l'augmentation des appelants provient de la distinction qu'ils voudraient que la Cour fasse entre les sommes devant être comprises dans l'indemnité et l'étendue ou la portée de l'indemnité, ou plus précisément les chefs de réclamation donnant droit à ces sommes. C'est le fondement même de toute leur argumentation.

Ainsi, le conseil d'arbitrage ne serait habilité qu'à déterminer les sommes tandis qu'il serait de la juridiction de la Cour supérieure de déterminer à quel titre des sommes peuvent être accordées.

Ils s'en expriment ainsi dans leur factum:

[TRADUCTION] Il se dégage clairement du texte de l'art. 10 que le conseil d'arbitrage détient seulement le pouvoir de déterminer les sommes auxquelles les appelants ont droit à titre d'indemnité.

Toutefois, la Loi ne permet pas au conseil d'arbitrage de décider de la portée ou de l'étendue de l'indemnité à laquelle ont droit les appelants.

La Loi ne dit pas «le propriétaire antérieur reçoit une indemnité sous tels chefs, dont les sommes sont déterminées par le conseil dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire», ou n'emploie pas de mots semblables qui impliquent une compétence ou un pouvoir discrétionnaire absolu.

La Loi dit simplement que le propriétaire antérieur «reçoit à titre d'indemnité les sommes déterminées par le conseil d'arbitrage».

Et encore:

[TRADUCTION] En l'espèce, la législature a accordé au conseil d'arbitrage le pouvoir de fixer les sommes—mais rien de plus. Il appartient aux tribunaux de déterminer l'étendue ou la portée du pouvoir accordé au conseil d'arbitrage par la Loi.

I cannot accept this interpretation. When s. 10 states that: "The former owner shall receive as compensation the sums determined by the arbitration committee contemplated in Division III", these sums must obviously relate to something, to certain items claimed; and in order for sums to be determined in conjunction with items claimed, these items must be determined. There is no basis in the Act for concluding that the legislator intended to make any court other than the arbitration committee responsible for determining the items claimed, on the basis of which various sums are to be determined for inclusion in the compensation to be paid. On the contrary and the reason is precisely because the legislator intended to make the arbitration committee responsible for determining the compensation and the items included in it.

Accordingly, appellants were not asking the Superior Court to determine the arbitration committee's jurisdiction, but rather to supplant the latter and determine what the Act requires the arbitration committee to determine.

For this reason, the House of Lords decision in *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission et al.*[2] and the other cases cited to the same effect can have no application in the case at bar.

I also do not believe that the following cases relied upon by appellants have the effect suggested by them: *Duquet v. Town of Sainte-Agathe-des-Monts*[3], *Vachon v. Attorney General of the Province of Quebec*[4] and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*[5].

In *Duquet*, a taxpayer was asking that a taxation by-law, under which the city was preparing to have his property sold, be declared *ultra vires* and void. The Court rejected the distinction between a preventive and a curative action, and held the declaratory procedure admissible, as being within the scope of art. 453 *C.C.P.*

[2] [1969] 1 All E.R. 208.
[3] [1977] 2 S.C.R. 1132.
[4] [1979] 1 S.C.R. 555.
[5] [1971] S.C.R. 756.

Je ne puis accepter cette interprétation. Lorsque l'art. 10 stipule que: «Le propriétaire antérieur reçoit, à titre d'indemnité, les sommes déterminées par le conseil d'arbitrage visé à la section III», il faut bien que ces sommes se rapportent à des objets, à des chefs de réclamation. Et pour que des sommes puissent être déterminées en fonction de chefs de réclamation, il faut bien que ces chefs soient déterminés. Rien dans la Loi ne permet de conclure que le législateur ait entendu confier à un tribunal autre que le conseil d'arbitrage la détermination des chefs de réclamation en fonction desquels des sommes doivent être déterminées pour constituer l'indemnité à être versée. Au contraire et c'est précisément parce que le législateur a voulu confier à ce conseil d'arbitrage la responsabilité de déterminer l'indemnité et les éléments qui doivent la composer.

Ce n'est donc pas de déterminer la juridiction du conseil d'arbitrage que les appelants ont demandé à la Cour supérieure mais plutôt de se substituer à ce dernier et de déterminer ce que la Loi demande au conseil d'arbitrage de déterminer.

Pour cette raison l'arrêt de la Chambre des Lords dans *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission et al.*[2] et les autres arrêts cités dans le même sens ne peuvent trouver application en l'espèce.

Je ne crois pas davantage que les arrêts suivants sur lesquels les appelants s'appuient aient le sens qu'ils leur attribuent: *Duquet c. Ville de Sainte-Agathe-des Monts*[3]; *Vachon c. Le procureur général de la province de Québec*[4] et *Bell v. Ontario Human Rights Commission*[5].

Dans *Duquet*, un contribuable demandait que soit déclaré *ultra vires* et nul un règlement de taxation en vertu duquel la Ville s'apprêtait à faire vendre sa propriété. La Cour a mis de côté la distinction entre une demande préventive et une demande curative et a jugé la procédure déclaratoire recevable, celle-ci étant comprise dans le cadre de l'art. 453 *C.p.c.*

[2] [1969] All E. R. 208.
[3] [1977] 2 R.C.S. 1132.
[4] [1979] 1 R.C.S. 555.
[5] [1971] R.C.S. 756.

In *Vachon*, an application was made to have declared void Social Aid regulations under which the appellants' benefits were reduced.

In *Bell*, the case concerned the Ontario Human Rights Commission's jurisdiction to hear the complaint brought before it.

The case at bar does not concern regulatory nullity nor the lack or excess of jurisdiction of the arbitration committee, all cases recognized by art. 846 *C.C.P.* and by judicial authority as being subject to the exercise of the supervisory and controlling power of the Superior Court.

Rather, the question is whether the Superior Court may intervene when the issue is one which the law has confided to an arbitration committee.

As Turgeon J. observed, the House of Lords held in *Barraclough v. Brown*[6] that there is no basis for a declaratory judgment when the matter has been confided to a lower court, and I quote the following passages from Lord Herschell at p. 620, passages which were cited by appellants:

> ... I do not think the appellant can claim to recover by virtue of the statute, and at the same time insist upon doing so by means other than those prescribed by the statute which alone confers the right.
>
> It was argued for the appellant that, even if not entitled to recover the expenses by action in the High Court, he was, at all events, entitled to come to that court for a declaration that on the true interpretation of the statute he had a right to recover them. It might be enough to say that no such case was made by appellant's claim. But apart from this, I think it would be very mischievous to hold that when a party is compelled by statute to resort to an inferior court he can come first to the High Court to have his right to recover—the very matter relegated to the inferior Court—determined. Such a proposition was not supported by authority, and is, I think, unsound in principle.

Counsel for the appellants pointed out that Turgeon J.A. did not cite the first paragraph of the foregoing passage, and sought to distinguish this case by arguing that in the case at bar appellants'

[6] [1897] A.C. 615.

Dans *Vachon*, il s'agissait d'une demande à l'effet de déclarer nuls les règlements de l'Aide sociale en vertu desquels les appelants avaient vu leurs prestations diminuées.

Dans *Bell*, il s'agissait de la juridiction de la Ontario Human Rights Commission d'entendre la plainte portée devant elle.

Dans la présente cause il ne s'agit pas de nullité de règlement, ni de défaut ou d'excès de juridiction du conseil d'arbitrage, qui sont tous des cas reconnus par l'art. 846 *C.p.c.* et la jurisprudence comme étant sujets à l'exercice du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure.

Il s'agit plutôt de déterminer s'il y a lieu à intervention de la Cour supérieure quand la question en est une que la loi a confiée à un conseil d'arbitrage.

Comme l'a signalé le juge Turgeon, dans *Barraclough v. Brown*[6] la Chambre des Lords a décidé qu'il n'y a pas ouverture à un jugement déclaratoire lorsque le sujet a été confié à un tribunal inférieur et je cite les passages suivants de Lord Herschell à la p. 620, passages cités par les appelants:

> [TRADUCTION] ... Je ne crois pas que l'appelant puisse demander recouvrement en vertu de la loi et en même temps soutenir qu'il peut le faire par des moyens non prévus par la loi qui seule confère le droit.
>
> On a prétendu au nom de l'appelant que même s'il ne pouvait pas recouvrer ses dépenses par action devant la Haute Cour, il pouvait, en tout état de cause, demander à la cour une déclaration portant que selon l'interprétation correcte de la loi, il avait le droit de les recouvrer. Il suffirait peut-être de dire que l'appelant n'a pas réussi à établir sa réclamation. Mais à part cela, je crois qu'il serait très pernicieux de dire que lorsqu'une partie doit aux termes de la loi s'adresser à un tribunal inférieur elle peut d'abord venir devant la Haute Cour pour obtenir une décision sur son droit de recouvrer—ce qui est l'objet même de la délégation au tribunal d'instance inférieure. Une telle proposition n'est pas appuyée par la jurisprudence et est, à mon avis, erronée quant aux principes.

Les procureurs des appelants ont fait observer que le juge Turgeon n'avait pas cité le premier alinéa du passage ci-dessus et ont voulu distinguer cette cause en plaidant que dans le présent cas le

[6] [1897] A.C. 615.

remedy is not based exclusively on the *Act respecting the Olympic Village*, but as well on art. 407 *C.C.*, which reads as follows:

407. No one can be compelled to give up his property, except for public utility and in consideration of a just indemnity previously paid.

The principle stated in art. 407 is beyond question a part of the civil law of Quebec: the *Act respecting the Olympic Village* constitutes an application of this principle, but I do not see how appellants could claim to exercise a remedy above and beyond this special statute.

In *City of Lethbridge v. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co. Ltd.*[7], this Court held that even assuming that it had the power to do so, the Court should not intervene when the legislator has seen fit to create a lower court with jurisdiction to dispose of the matter on which a declaratory judgment has been sought.

I quote Anglin J., at p. 659:

... Out of respect to the legislature and to carry into effect the spirit, if not the letter, of its policy, as expressed in the Public Utilities Act, the courts, although they may not have been denuded of jurisdiction to entertain such an action as that now before us, should, I think, decline to exercise that jurisdiction, if they possess it, and should relegate the parties to the board which the legislature has constituted to deal with such cases and has clothed with powers adequate to enable it to do full and complete justice in the premises.

and Mignault J. at p. 663:

... there can be no doubt, even admitting that the respondent violated its contract with the appellant, that the court should not exercise its extraordinary powers and grant such an injunction, if another convenient and equally effective remedy is available to the appellant.

Finally, a declaratory judgment will not be rendered when it will serve little or no purpose.

In *Cassidy v. Stuart*[8], Masten J. observed at p. 883:

[7] [1923] S.C.R. 652.
[8] [1928] 3 D.L.R. 879.

recours des appelants n'est pas fondé exclusivement sur la *Loi concernant le village olympique*, mais aussi sur l'art. 407 *C.c.* qui se lit comme suit:

407. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

Le principe énoncé par l'art. 407 fait partie sans conteste du Droit civil du Québec: la *Loi concernant le village olympique* en constitue une application, mais je ne vois pas comment les appelants pourraient prétendre exercer un recours en dehors du cadre de cette loi spéciale.

Dans *City of Lethbridge c. Canadian Western Natural Gas, Light, Heat and Power Co. Ltd.*[7], cette Cour a décidé que même à supposer qu'elle ait le pouvoir de le faire, la Cour ne devrait pas intervenir lorsque le législateur a jugé à propos de créer un tribunal inférieur compétent à disposer de la question sur laquelle on demande d'exercer le pouvoir déclaratoire.

Je cite le juge Anglin à la p. 659:

[TRADUCTION] ... Par respect pour la législature et afin de respecter l'esprit de sa politique, sinon la lettre, formulée dans la Public Utilities Act, bien que les tribunaux n'aient peut-être pas perdu leur compétence pour connaître d'une action comme celle qui nous est soumise, ils devraient, à mon avis, refuser de l'exercer, s'ils la possèdent, et renvoyer les parties devant le tribunal créé par la législature pour connaître de telles affaires et à qui elle a donné les pouvoirs nécessaires pour lui permettre de rendre justice en ce domaine.

et le juge Mignault à la p. 663:

[TRADUCTION] ... il ne peut y avoir de doute, même si l'on admettait que l'intimé a violé son contrat avec l'appelant, que la cour ne doit pas se servir de ses pouvoirs extraordinaires pour accorder une telle injonction si l'appelant a d'autres recours convenables et efficaces.

Enfin, un jugement déclaratoire ne sera pas rendu lorsqu'il aura peu ou pas d'utilité.

Dans *Cassidy v. Stuart*[8], le juge Masten écrit à la p. 883:

[7] [1923] R.C.S. 652.
[8] [1928] 3 D.L.R. 879.

... the jurisdiction will not, as a rule, be exercised where the declaration would be useless or embarrassing or where some other statutory mode of proceeding is provided.

And Professor de Smith, in *Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., London, Stevens & Sons Limited, 1980, at p. 513:

... the broadest judicial discretion may be exercised in determining whether a case is one in which declaratory relief ought to be awarded ...

... The court must be satisfied that the award of a declaration will serve a useful purpose, ...

As the Court pointed out to counsel for the appellants at the hearing, the declaratory judgment they are seeking in the case at bar could only be of very limited usefulness in the circumstances. Question II is so formulated that the finding could only be that the word "include" in s. 27 of the *Act respecting the Olympic Village* does not have a limiting effect. This would leave the issue unresolved respecting each of the items individually which appellants might wish to submit to the arbitration committee, so that the declaratory proceeding might have to be begun again for each of these.

As to this, see also the following decisions of the Quebec courts: *Towah Interest Ltd. v. Procureur général du Québec*[9]; *Société québécoise d'exploitation minière v. Hébert et al.*[10]; *Bertho v. Hôpital de Chicoutimi*[11]; *Campisi v. Procureur général du Québec*[12].

For these reasons, therefore, I conclude like the Court of Appeal that no answer should be given to Question II.

QUESTION III

On the question of the agreement under which appellants were entitled to compensation, as the trial judge had already found that the "Comprehensive Agreement" was the one in effect between the parties at the time the *Act respecting the Olympic Village* was adopted, he similarly held

[9] [1968] R.P. 378.
[10] [1974] C.A. 78.
[11] [1976] C.A. 154.
[12] [1978] C.A. 520.

[TRADUCTION] ... en principe, la compétence ne sera pas exercée lorsque le jugement déclaratoire serait inutile ou gênant ou lorsqu'il existe d'autres recours prévus par la loi.

Et le professeur de Smith dans *Judicial Review of Administrative Action*, 4e éd., London, Stevens & Sons Limited, 1980, à la p. 513:

[TRADUCTION] ... les tribunaux ont la plus grande discrétion pour décider s'il s'agit d'une affaire où le jugement déclaratoire demandé devrait être accordé ...

... Le tribunal doit être convaincu de l'utilité du jugement déclaratoire, ...

Comme la Cour l'a signalé aux procureurs des appelants lors de l'audition, le jugement déclaratoire recherché en l'espèce ne saurait être dans les circonstances que d'une utilité limitée. La question II est ainsi formulée que la déclaration ne pourrait être qu'à l'effet que le mot «comprend» dans l'art. 27 de la *Loi concernant le village olympique* n'est pas limitatif. Le débat resterait entier quant à chacun des chefs de réclamation individuellement que les appelants pourraient désirer faire valoir devant le conseil d'arbitrage de sorte que la procédure déclaratoire pourrait être à recommencer sur chacun d'eux.

Voir aussi sur le sujet les arrêts suivants des tribunaux du Québec: *Towah Interest Ltd. c. Procureur général du Québec*[9]; *Société québécoise d'exploitation minière c. Hébert et autre*[10]; *Bertho c. Hôpital de Chicoutimi*[11]; *Campisi c. Procureur général du Québec*[12].

Pour ces motifs, je suis donc d'avis, comme la Cour d'appel, qu'aucune réponse ne doit être donnée à la question II.

QUESTION III

A la question de savoir en vertu de quelle entente les appelants ont droit à une indemnité, le juge de première instance ayant déjà conclu que c'est le «Comprehensive Agreement» qui était en vigueur entre les parties au moment de l'adoption de la *Loi concernant le village olympique*, a jugé

[9] [1968] R.P. 378.
[10] [1974] C.A. 78.
[11] [1976] C.A. 154.
[12] [1978] C.A. 520.

that appellants were entitled to be compensated in accordance with this agreement.

The Court of Appeal, reversing the judgment of the Superior Court, found that there was no connection between the interpretation to be given to s. 27 of the Act and the agreements placed in evidence by appellants.

However, by its very form, Question III only requires an answer if Question II has been answered in the negative; but, as we have seen, no answer should be given to Question II.

Further, as it will be the responsibility of the arbitration committee to interpret the various relevant provisions of the Act, in order to determine the sums which shall be included in the compensation, **I feel it should also be responsible for answering this question if need be.**

Thus, I would vary the decision of the Court of Appeal to state that no answer should be given to Question III.

QUESTION IV

This question was dealt with by the second decision of the Court of Appeal against which this appeal is brought.

As the Superior Court answered in the negative, the appeal was brought by COJO and was allowed.

In my opinion, the answer to this question is contained in s. 6 of the Act, which reads as follows:

6. The City of Montreal and the organizing committee are released from their obligations towards the former owner and his assignees under contracts made between them and the former owner concerning the Olympic Village; such obligations are maintained in favour of the board.

Any recourse the organizing committee may have against the former owner pursuant to contracts made between him, the organizing committee and the City of Montreal or as a consequence of the construction of the Olympic Village are transferred to the board.

In view of such a clear provision, I can only conclude that if COJO was under an obligation to

de même que c'était en vertu de cette entente que les appelants avaient droit d'être indemnisés.

Infirmant le jugement de la Cour supérieure, la Cour d'appel a déclaré qu'il n'y a pas de lien entre l'interprétation à donner à l'art. 27 de la Loi et les conventions mises en preuve par les appelants.

Cependant, par sa formulation même, la question III ne requérait une réponse que s'il était répondu à la question II par la négative. Mais, comme nous l'avons vu, aucune réponse ne doit être donnée à la question II.

D'autre part, comme il appartiendra au conseil d'arbitrage d'interpréter les diverses dispositions pertinentes de la Loi, aux fins de déterminer les sommes devant composer l'indemnité, il me semble qu'il devra lui appartenir de répondre à cette question s'il y a lieu.

Aussi, suis-je d'opinion de modifier l'arrêt de la Cour d'appel pour dire qu'aucune réponse ne doit être donnée à la question III.

QUESTION IV

Cette question fait l'objet du deuxième arrêt de la Cour d'appel attaqué par ce pourvoi.

La Cour supérieure ayant répondu par l'affirmative, c'est le COJO qui interjeta appel et dont l'appel fut accueilli.

La réponse à cette question se trouve à mon sens dans l'art. 6 de la Loi qui se lit comme suit:

6. La Ville de Montréal et le Comité sont dégagés de leurs obligations envers le propriétaire antérieur et ses ayants droit en vertu des contrats intervenus entre eux et ce dernier et ayant trait au Village olympique; ces obligations subsistent en faveur de la Régie.

Sont transportés à la Régie les recours que le Comité peut posséder contre le propriétaire antérieur en vertu des contrats conclus entre ce dernier et le Comité et la Ville de Montréal ou en conséquence de la construction du Village olympique.

Devant un texte aussi clair, je ne puis que conclure que s'il existait de la part du COJO une

compensate the former owner, Zarolega, for claims made by unpaid creditors, pursuant to their contracts with the latter, this obligation is among those from which COJO is released by s. 6, and for this and the other reasons stated by Turgeon J.A. I would dismiss the appeal.

QUESTIONS V, VI AND VII

These questions were dealt with by the third decision of the Court of Appeal concerned in this appeal.

The Superior Court and the Court of Appeal answered Questions V and VI in the negative.

As Question VII only required an answer if an affirmative answer was given to Questions V and VI, the Superior Court left it unanswered. The Court of Appeal nonetheless thought it advisable to state that the *Act respecting the Olympic Village* [TRANSLATION] "in no way creates a formal surety arrangement for Zarolega", and I agree with this.

Appellants referred to several passages from Turgeon J.A.'s opinion, in which he indicates an apparent mistrust of them by the legislator at the time this Act was adopted. These observations in no way affect the merits of Turgeon J.A.'s opinion, which I adopt as the basis for my own finding that the appeal should be dismissed.

With regard to the appeal against decision No. 09-000899-773 of the Court of Appeal, relating to Questions II and III, I would allow this appeal and vary the decision to find that no answer should be given to Question III. The appeal is dismissed as to the remainder.

I would dismiss the appeal from decision No. 09-000919-779 of the Court of Appeal regarding Question IV.

Finally, I would dismiss the appeal from decision No. 09-000926-774 of the Court of Appeal regarding Questions V, VI and VII.

As in the Superior Court and the Court of Appeal, I would not award costs.

Appeal dismissed, except as to Question III.

obligation d'indemniser le propriétaire antérieur Zarolega relativement aux réclamations des créanciers impayés, en vertu de leurs contrats avec celui-ci, cette obligation fait partie des obligations dont le COJO est dégagé par l'art. 6 et pour ce motif et les autres motifs exposés par le juge Turgeon je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

QUESTIONS V, VI ET VII

Ces questions font l'object du troisième arrêt de la Cour d'appel visé par ce pourvoi.

Et la Cour supérieure et la Cour d'appel ont répondu par la négative aux questions V et VI.

Comme la question VII n'appelait de réponse que si une réponse affirmative était donné aux questions V et VI, la Cour supérieure l'a laissée sans réponse. La Cour d'appel a néanmoins cru à propos de préciser que la *Loi concernant le village olympique* "ne crée en aucune façon de régime de garantie formelle en faveur de Zarolega", ce avec quoi je suis d'accord.

Les appelants ont fait état de divers passages de l'opinion du juge Turgeon où il évoque une certaine méfiance à leur endroit qui aurait animé le législateur au moment de l'adoption de cette loi. Ces remarques n'affectent en rien le bien-fondé des motifs du juge Turgeon que je fais miens pour conclure au rejet du pourvoi.

En ce qui concerne le pourvoi à l'encontre de l'arrêt nº 09-000899-773 de la Cour d'appel relatif aux questions II et III, je suis d'avis de l'accueillir pour modifier cet arrêt et déclarer qu'aucune réponse ne doit être donnée à la question III. Le pourvoi est rejeté quant au reste.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi à l'encontre de l'arrêt nº 09-000919-779 de la Cour d'appel relatif à la question IV.

Enfin, je suis aussi d'avis de rejeter le pourvoi à l'encontre de l'arrêt nº 09-000926-774 de la Cour d'appel relatif aux questions V, VI et VII.

Tout comme la Cour supérieure et la Cour d'appel, je n'accorderais pas de frais.

Pourvoi rejeté, sauf quant à la question III.

Solicitors for the appellants: Phillips & Vineberg, Montreal; Viau, Bélanger & Associates, Montreal.

Solicitors for the respondent: Grondin, Lebel, Poudier, Isabel, Morin & Gagnon, Quebec; Zigby, Panet-Raymond, Jolicoeur, Lecours, Ouellet & Gingras, Montreal.

Procureurs des appelants: Phillips & Vineberg, Montréal; Viau, Bélanger & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Grondin, Lebel, Poudier, Isabel, Morin & Gagnon, Québec: Zigby, Panet-Raymond, Jolicœur, Lecours, Ouellet & Gingras, Montréal.

Her Majesty The Queen in right of Ontario and the Water Resources Commission *(Defendants) Appellants*;

and

Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. *(Plaintiff) Respondent.*

1980: November 13; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Mistake — Tender on construction contract — Mistake in calculation of bid discovered by respondent after tenders opened — Appellants notified of mistake before tender accepted — Respondent declined to enter into agreement — Whether or not appellants entitled to consider deposit forfeited.

This appeal was from a decision of the Ontario Court of Appeal which reversed the trial judge and directed the return to the respondent contractor of $150,000 paid by it to the appellant owner by way of a tender deposit at the time of filing of a bid in response to a call for tenders by the owner.

Pursuant to the rules applicable to the call for tenders, the contractor submitted his tender accompanied by a certified cheque for $150,000 that was to be returned after the execution of the contract and the receipt of the performance bond and the payment bond. The bid submitted was discovered to be in error after the opening of tenders: an amount of $750,058 had been omitted from the total sum tendered. The tender documents included the term that if a tender were withdrawn, or if the Commission did not receive the executed agreement within a certain time, the Commission could retain the deposit. Although the contractor requested by telex to withdraw its tender without penalty, it maintained in subsequent correspondence and in these proceedings that it had not withdrawn its tender but that, by reason of the notice of its error given to the owner prior to acceptance of the tender, the offer was not capable of being accepted. The owner, after receiving the contractor's notice of the mistake and in response to the contractor's position that the offer was not revoked, submitted the contract in prescribed form for the contractor's signature. When the contractor declined to enter the agreement, the owner, relying on the tender deposit term, decided to retain the deposit and proceeded to

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario et the Water Resources Commission *(Défenderesses) Appelantes*;

et

Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. *(Demanderesse) Intimée.*

1980: 13 novembre; 1981: 27 janvier.

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

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

Contrats — Erreur — Soumission en vue d'un contrat de construction — Erreur de calcul de la soumission découverte par l'intimée après l'ouverture des soumissions — Notification de l'erreur aux appelantes avant l'acceptation de la soumission — Refus de l'intimée de signer le contrat — Les appelantes ont-elles le droit de confisquer le dépôt?

Le pourvoi est à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé la décision du juge de première instance et ordonné de remettre à l'entrepreneur intimé la somme de $150,000 qu'il avait versée à la propriétaire appelante à titre de dépôt de soumission à l'occasion d'un appel d'offres fait par la propriétaire.

Conformément aux règles applicables à l'appel d'offres, l'entrepreneur a présenté une soumission à laquelle était joint un chèque visé de $150,000 qui devait être remis après la signature du contrat et la réception de la garantie d'exécution et de la garantie de paiement. On a constaté, après l'ouverture des soumissions, que l'offre comportait une erreur: une somme de $750,058 avait été oubliée dans le calcul du montant total de l'offre. Les documents d'appel d'offres comportaient la condition que si la soumission était retirée ou si la Commission ne recevait pas le contrat signé dans un délai donné, elle pouvait conserver le dépôt. Même si l'entrepreneur a demandé, dans un télex, de retirer sa soumission sans être pénalisé, il a soutenu dans la correspondance postérieure et au cours des procédures qu'il n'avait pas retiré sa soumission, mais qu'à cause de l'avis de l'erreur qu'il avait commise, avis donné à la propriétaire avant l'acceptation de la soumission, l'offre n'était plus susceptible, en droit, d'acceptation. Après avoir reçu de l'entrepreneur avis de l'erreur et réagissant à la prise de position de l'entrepreneur selon laquelle il n'avait pas retiré son offre, la propriétaire a présenté le contrat conforme aux conditions prévues pour signature par l'entrepreneur. L'entrepreneur a refusé de signer le con-

accept another tender. The contractor commenced this action to recover the tender deposit.

Held: The appeal should be allowed.

Nothing in the tender documentation supported the contractor's position that the owner had not complied with the terms set out in the documentation because the owner did not execute the construction document before proffering it to the contractor.

The revocability of the offer was to be determined in accordance with the "General Conditions" and "Information for Tenderers" and related documents. A unilateral contract, contract A, arose automatically upon the submission of a tender between the contractor and the owner whereby the tenderer could not withdraw the tender for a specified period of time, after which, if the tender had not been accepted, the deposit could be recovered by the tenderer. The principal term of contract A was the irrevocability of the bid and the corollary term was the obligation in both parties to enter into a construction contract, contract B, upon the acceptance of the tender. The deposit was required to ensure the performance by the contractor-tenderer of its obligations under contract A. It is not correct to say that when a mistake was proven after the tenders were opened by the production of reasonable evidence, the person to whom the tender was made could neither accept the tender nor forfeit the deposit. The test was to be imposed when the tender was submitted, not at a later date, and at that time the rights of the parties under contract A crystallized, at least in circumstances where the tender was capable of acceptance in law.

There was no question of mistake on the part of either party before the moment when contract A came into existence. The tender, despite its being the product of a mistaken calculation, could be subject to the terms and conditions of contract A so as to invoke forfeiture of the deposit. There was no error in the sense that the contractor did not intend to submit the tender in its form and substance. Then, too, there was no principle in law under which the tender was rendered incapable of acceptance by the appellant. No mistake existed which impeded the coming into being of contract A. The effect of a mistake upon the formation, enforceability or interpretation of a subsequent contruction contract need not be considered in this case.

The issue did not concern the law of mistake but the application of the forfeiture provisions contained in the

trat; la propriétaire a décidé, vu les conditions de l'appel d'offres, de retenir le dépôt et d'accepter une autre offre. L'entrepreneur a institué la présente action en recouvrement du dépôt de soumission.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Rien dans les documents d'appel d'offres ne permet d'étayer l'argument de l'entrepreneur que la propriétaire ne s'est pas conformée aux conditions de ces documents en ne signant pas le contrat d'entreprise avant de le présenter à la signature de l'entrepreneur.

Il faut déterminer la révocabilité de l'offre d'après les «Conditions générales», les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» et les documents accessoires. La présentation de la soumission a automatiquement donné lieu à un contrat unilatéral, le contrat A, entre l'entrepreneur et la propriétaire en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission avant un certain délai à la fin duquel le soumissionnaire pouvait recouvrer le dépôt si l'offre n'avait pas été acceptée. La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un contrat d'entreprise, le contrat B, dès l'acceptation de la soumission. Le dépôt est exigé pour garantir l'exécution par l'entrepreneur soumissionnaire des obligations que le contrat A lui impose. Il est faux de dire que, lorsque l'erreur est établie après l'ouverture des soumissions par la présentation d'une preuve raisonnable, la personne à qui la soumission est présentée ne peut ni l'accepter ni confisquer le dépôt. Il faut appliquer le test au moment où la soumission est présentée et non plus tard, et à ce moment les droits des parties en vertu du contrat A sont cristallisés, au moins dans les cas où la soumission est susceptible d'acceptation en droit.

Il n'est pas question d'erreur de la part de l'une ou l'autre partie jusqu'au moment où le contrat A est né. Même si la soumission résultait d'une erreur de calcul, elle pouvait être assujettie aux conditions du contrat A et partant donner lieu à la confiscation du dépôt. Il n'y a pas eu d'erreur en ce sens que l'entrepreneur n'aurait pas eu l'intention de présenter la soumission quant au fond et à la forme comme elle l'a été. De plus, il n'y a pas de principe juridique en vertu duquel il serait devenu impossible à l'appelante d'accepter la soumission. Il n'y a aucune erreur qui ait empêché la naissance du contrat A. En l'espèce, il n'y a pas lieu d'examiner les conséquences possibles d'une erreur sur la formation, le caractère exécutoire et l'interprétation d'un contrat d'entreprise postérieur.

La question en litige ne relève pas des règles de l'erreur, mais de l'application des dispositions relatives à

tender documents. The deposit was recoverable by the contractor under certain conditions, none of which was met, and also was subject to forfeiture under another term of the contract, the conditions of which had been met. The omission by the owner to insert the number of weeks specified by the tender in the appropriate blank in the contract had no bearing on the rights of the parties to the appeal and did not stand in the way of the owner's asserting its right to retain the deposit.

McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al., [1971] 3 O.R. 801, distinguished; *Belle River Community Arena Inc. v. W.J.C. Kaufmann Co. Ltd. et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 447, considered.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], reversing the judgment of J. Holland J. Appeal allowed.

B. Johnston, Q.C., and *M. Fleishman*, for the defendants, appellants.

Hyman Soloway, Q.C., and *J. Shields*, for the plaintiff, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The Ontario Court of Appeal, reversing the trial judge, directed the return to the respondent-contractor (hereinafter referred to as the "contractor") of $150,000 paid by the contractor to the appellant-owner (hereinafter referred to as the "owner") by way of a tender deposit at the time of filing a bid in response to a call for tenders by the owner.

Under the general conditions applicable to the call for tenders, the owner issued as part of the tender documentation, "Information for Tenderers", paragraph 13 of which, under the heading "Tender Deposit", stated in part:

Except as otherwise herein provided the tenderer guarantees that if his tender is withdrawn before the Commission shall have considered the tenders or before or after he has been notified that his tender has been recommended to the Commission for acceptance or that if the Commission does not for any reason receive within the period of seven days as stipulated and as required

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 332; (1979), 98 D.L.R. (3d) 548.

la confiscation stipulées aux pièces de soumission. L'entrepreneur avait droit de recouvrer le dépôt à certaines conditions, dont aucune n'a été remplie; par ailleurs, le dépôt peut être confisqué en vertu d'une autre disposition du contrat dont les conditions se sont réalisées. L'omission de la propriétaire d'inscrire le nombre de semaines mentionné à la soumission dans l'espace prévu à cette fin dans la formule n'a pas d'effet sur les droits des parties à ce pourvoi et n'empêche pas la propriétaire de faire valoir son droit de conserver le dépôt.

Jurisprudence: Distinction faite avec *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*, [1971] 3 O.R. 801; arrêt examiné: *Belle River Community Arena Inc. v. W.J.C. Kaufmann Co. Ltd. et al.* (1978), 20 O.R. (2d) 447.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a infirmé le jugement du juge J. Holland. Pourvoi accueilli.

B. Johnston, c.r., et *M. Fleishman*, pour les défenderesses, appelantes.

Hyman Soloway, c.r., et *J. Shields*, pour la demanderesse, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—La Cour d'appel de l'Ontario, qui a infirmé le jugement de première instance, a ordonné de remettre à l'entrepreneur intimé (ci-après appelé «l'entrepreneur») la somme de $150,000 qu'il avait versée à la propriétaire appelante (ci-après appelée «la propriétaire») à titre de dépôt de soumission à l'occasion d'un appel d'offres fait par la propriétaire.

Aux termes des conditions générales de l'appel d'offres, la propriétaire a publié dans les renseignements d'appel d'offres, les [TRADUCTION] «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» dont la clause 13, intitulée [TRADUCTION] «Dépôt de soumission», dit notamment ceci:

[TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée avant que la Commission ait examiné les soumissions ou avant ou après qu'il ait été avisé que l'acceptation de sa soumission a été recommandée à la Commission ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours mentionnés et prescrits

[1] (1979), 24 O.R. (2d) 332; (1979), 98 D.L.R. (3d) 548.

herein, the Agreement executed by the tenderer, the Performance Bond and the Payment Bond executed by the tenderer and the surety company and the other documents required herein, the Commission may retain the tender deposit for the use of the Commission and may accept any tender, advertise for new tenders, negotiate a contract or not accept any tender as the Commission may deem advisable.

Pursuant to the rules applicable to the call for tenders, the contractor submitted a tender for $2,748,000 on or before 3:00 p.m., July 4, 1972. Accompanying the contractor's tender was a certified cheque in the amount of $150,000 as required by the terms and conditions upon which tenders were called. The document already referred to, "Information for Tenderers", further provided with respect to the tender deposit:

After the execution of the Contract and the receipt by the Commission of the Performance Bond and the Payment Bond the tender deposit of the successful tenderer will be returned.

The contractor's employee who filed the tender, Hedges, remained for the opening of tenders. Upon learning that the contractor's tender was the lowest out of eight bids and that it was about $632,000 lower than the next lowest bidder, she immediately reported to the president of the contractor, Vered. What ensued is set out by J. Holland J., the trial judge, in his judgment:

From her prior experience Hedges felt that there was something radically wrong and wondered if she had made an error ... Hedges went to call Vered after the tender opening—and this would probably be sometime around 3.30 p.m. She says that as soon as she spoke to Vered he said: "We're low. I made a mistake". This statement was made before she reported on the tenders. She asked if there was anything she could do and was told by Vered "No—come back to Ottawa". She never returned to the Ministry office.

. . .

Following the opening of tenders the plaintiff forwarded a telex at approximately 4.12 p.m. on July 4, 1972. Exhibit 4, (page 27 of exhibit book) is the copy of this telex and reads as follows:

aux présentes, le contrat signé par le soumissionnaire, la garantie d'exécution et la garantie de paiement signées par le soumissionnaire et la société de cautionnement ainsi que les autres documents exigés par les présentes, la Commission pourra conserver le dépôt de soumission pour son bénéfice et accepter toute offre, faire un nouvel appel d'offres, négocier un contrat ou n'accepter aucune des offres, selon que la Commission le jugera à propos.

Conformément aux règles applicables à l'appel d'offres, l'entrepeneur a présenté une soumission de $2,748,000 avant 15 h le 4 juillet 1972. Un chèque visé de $150,000 était joint à la soumission de l'entrepreneur conformément aux conditions de l'appel d'offres. Le document précité, intitulé «Renseignements à l'usage des soumissionnaires», prescrit encore ce qui suit à l'égard du dépôt de soumission:

[TRADUCTION] Après la signature du contrat et réception par la Commission de la garantie d'exécution et de la garantie de paiement, le dépôt de soumission de l'entrepreneur dont la soumission aura été retenue lui sera remis.

L'employée de l'entrepreneur qui a déposé la soumission, une nommée Hedges, a assisté à l'ouverture des soumissions. Dès qu'elle eut appris que sur huit soumissions celle de l'entrepreneur était la plus basse et qu'elle était inférieure d'environ $632,000 à la plus basse soumission suivante, elle a immédiatement fait rapport au président de l'entrepreneur, un nommé Vered. Le juge J. Holland, juge de première instance, relate dans son jugement ce qui est survenu par la suite:

[TRADUCTION] D'après son expérience, M^me^ Hedges a eu le sentiment que quelque chose allait réellement mal et elle s'est demandée si elle n'avait pas commis une erreur: M^me^ Hedges a téléphoné à Vered après l'ouverture des soumissions (c'était probablement vers 15 h 30.) Elle dit que dès qu'elle a parlé à Vered, il lui a dit: «Nous sommes bas, j'ai fait une erreur.» Il a fait cette déclaration avant qu'elle le mette au courant au sujet des soumissions. Elle lui a demandé si elle pouvait faire quelque chose et Vered lui a dit: «Non, revenez à Ottawa». Elle n'est jamais retournée au bureau du ministère.

. . .

Après l'ouverture des soumissions, la demanderesse a fait parvenir un télex vers 16 h 12, le 4 juillet 1972. La pièce 4 (p. 27 du cahier des pièces) est une copie de ce télex rédigé dans les termes suivants:

Today we submitted our tender for the above project and unfortunately due to the rush of compiling our last figures we omitted to add to our total the sum for our own forces work and general condition in the amount of 750,058.00 which actually should have been added to our lump sum tender amount for a total of 3,498,058.00 dollars.

Due to this unfortunate error we would appreciate being given the opportunity to show to you our estimate indicating the error and to hereby request to withdraw our tender and request an apology without being penalized.

The word "apology" obviously is difficult to understand but there is no doubt about the fact that this was the very word used by Vered as his own copy from his telex in his office contained the exact wording. In any event, this was a "request to withdraw the tender without penalty".

In subsequent correspondence and throughout these proceedings the contractor has maintained the position that it has not withdrawn its tender but that by reason of the notice of its error, given to the owner prior to the acceptance of the tender, the offer thereafter was not capable in law of being accepted and that the contractor has the right to recover the $150,000 deposit. The learned trial judge concluded with respect to the facts:

(1) that the tender as filed was as intended to be filed,

(2) that the procedure leading to the determination of the tender figure, and not the tender itself, was in error. This was the fault of the plaintiff alone,

(3) there was no error on the face of the tender,

(4) that the error was learned of after the filing and after the close of time for filing,

(5) that the error was known to Vered prior to Hedges advising Vered of the results of the tender opening,

(6) that the plaintiff was diligent in attempting to get in touch with someone to advise of the error and to request the right to withdraw without penalty,

(7) that the budget prepared by Gore and Storrie Ltd. in the sum of $2,744,700.00, was an accurate basis for completion by a conscientious contractor, such

Aujourd'hui, nous avons déposé notre soumission pour l'ouvrage ci-dessus. Malheureusement, à cause de la précipitation dans la compilation des derniers chiffres, nous avons omis d'inclure dans la somme totale le prix du travail de nos équipes et nos frais généraux se chiffrant à $750,058, qui auraient dû, en réalité, s'ajouter à la somme totale de notre soumission qui se serait chiffrée à $3,498,058.

A cause de cette malheureuse erreur, nous vous saurions gré de nous permettre de vous montrer nos estimations qui révèlent l'erreur et nous demandons par la présente de retirer notre soumission et nous demandons des excuses sans être pénalisé.

Le mot «excuses» est certainement difficile à comprendre, mais il ne peut y avoir de doute que c'est le mot précis employé par Vered puisque sa propre copie tirée du télex de son bureau est formulée exactement de la même façon. De toute façon, il y a eu «demande de retirer la soumission sans pénalité».

Dans la correspondance postérieure et au cours de toutes les procédures, l'entrepreneur a soutenu qu'il n'avait pas retiré sa soumission, mais qu'à cause de l'avis de l'erreur qu'il avait commise, avis donné à la propriétaire avant l'acceptation de la soumission, l'offre n'était plus susceptible, en droit, d'acceptation et que l'entrepreneur avait le droit d'être remboursé du dépôt de $150,000. Le juge de première instance a conclu quant aux faits:

1) que la soumission déposée est celle qu'on a voulu déposer,

2) que le processus menant à la fixation du montant de la soumission, mais non la soumission elle-même, comporte une erreur. C'est là la faute de la seule demanderesse,

3) il n'y a pas d'erreur apparente à la lecture de la soumission,

4) que l'erreur a été découverte après le dépôt de la soumission et après l'expiration du délai fixé pour soumissionner,

5) que Vered a eu connaissance de l'erreur avant que M^me^ Hedges lui communique les résultats de l'ouverture des soumissions,

6) que la demanderesse a fait preuve de diligence dans sa tentative d'entrer en contact avec quelqu'un, de signaler l'erreur et de demander le droit de se désister sans pénalité,

7) que les prévisions préparées par Gore and Storrie Ltd. pour la somme de $2,744,700 constituaient une base exacte de réalisation par un entrepreneur cons-

to include profit. I point out that there was no real attempt to discredit this budget figure.

It should be explained that the owner obtained an estimate by its consulting engineers of the cost of the water and sewage treatment plant for which work the tenders were being called. These engineers estimated that the cost of the job, including profit, would be $2,744,700, some $3,300 lower than the contractor's tender.

The owner, after the receipt of the notice from the contractor of the mistake in the tender, and no doubt responding to the position taken by the contractor that its offer was not revoked by it, submitted to the contractor for signature the construction contract in the form generally prescribed by the tender documents together with the other documents therein called for. The record does not include a blank form of the construction contract, but no issue arose as to the source of the form of contract sent to the contractor, and so it may be assumed said proffered contract complied with the tender documents. The contractor declined to enter into the agreement for the declared reason that it had by mistake submitted a tender which was $750,058 lower than the contractor intended the bid to be. The owner then took the position, relying upon the tender deposit term quoted above, that it was entitled to retain the tender deposit and proceed to accept the tender posted by the second lowest bidder. This action was then commenced by the contractor to recover the $150,000 tender deposit. The owner counter-claimed for damages occasioned by the contractor's refusal "to carry out the terms of its tender" and the consequential necessity of accepting the tender of the second lowest bidder. The trial judge found the owner entitled to retain the tender deposit and dismissed the counterclaim.

The core of the submission by the contractor is simply that a mistake by a tenderer, be it patent or latent, renders the tender revocable or the deposit recoverable by the tenderer, notwithstanding the provisions of paragraph 13 quoted above, so long as notice is given to the owner of the mistake prior

ciencieux, compte tenu des profits. Je signale que personne n'a tenté de mettre ces prévisions en doute.

Il y a lieu de signaler que la propriétaire a fait préparer par ses ingénieurs-conseils une estimation du coût de l'usine de traitement de l'eau et des égouts qui est l'ouvrage faisant l'objet des soumissions. Ces ingénieurs ont estimé le coût des travaux, profits inclus, à $2,744,700, soit $3,300 de moins que le montant de la soumission de l'entrepreneur.

Après avoir reçu de l'entrepreneur avis de l'erreur faite dans la soumission et, réagissant sans aucun doute à la prise de position de l'entrepreneur selon laquelle il n'avait pas retiré son offre, la propriétaire a voulu lui faire signer le contrat d'entreprise selon les modalités générales prévues à la soumission, ainsi que les autres documents requis. Le dossier ne comporte pas de formule en blanc du contrat d'entreprise, mais l'origine de la formule de contrat transmise à l'entrepreneur n'est pas en litige. On peut donc présumer que le contrat ainsi présenté était conforme à la soumission. L'entrepreneur a refusé de le signer pour le motif avoué qu'il avait présenté, par erreur, une soumission de $750,058 inférieure à celle qu'il avait voulu présenter. La propriétaire a alors décidé, vu les conditions de l'appel d'offres déjà mentionnées, de retenir le dépôt de soumission et d'accepter la soumission du deuxième plus bas soumissionnaire. L'entrepreneur a institué la présente action en recouvrement du dépôt de soumission de $150,000. En demande reconventionnelle, la propriétaire a réclamé des dommages-intérêts consécutifs au refus de l'entrepreneur de [TRADUCTION] «donner suite aux termes de sa soumission» et à la nécessité d'accepter la soumission du deuxième plus bas soumissionnaire. Le juge de première instance a conclu que la propriétaire avait le droit de garder le dépôt de soumission et il a rejeté la demande reconventionnelle.

L'argument principal de l'entrepreneur consiste simplement à dire que si un soumissionnaire commet une erreur, qu'elle soit apparente ou cachée, il peut révoquer la soumission ou se faire rembourser le dépôt, nonobstant les dispositions de la clause 13 précitée, du moment que le propriété-

to the acceptance by the owner of the contractor's tender. There are subsidiary arguments advanced by the contractor to which I will later make reference.

We are not here concerned with a case where the mistake committed by the tendering contractor is apparent on the face of the tender. Rather the mistake here involved is one which requires an explanation outside of the tender documents themselves. The trial judge has so found and there is evidence in support of that finding. Nor do we have here a case where a trial court has found impropriety on the part of the contractor such as the attempted recall of an intended, legitimate bid once the contractor has become aware that it is the lowest bidder by a wide margin.

The Court of Appeal in reversing the trial court proceeded on the basis that the owner had not attempted "to signify its acceptance of the tender" but rather relied upon paragraph 13 of "Information for Tenderers" which I have quoted above. Relying on its decision in *Belle River Community Arena Inc. v. W. J. C. Kaufmann Co. Ltd. et al.*[2] decided by the Court of Appeal after the trial judgment herein had been handed down, the Court of Appeal concluded "that an offeree cannot accept an offer which he knows has been made by mistake and which affects a fundamental term of the contract". The court, speaking through Arnup J.A., continued:

> In our view, the principles enunciated in that case ought to be applied in this case. The error in question has been found to be, as it obviously was, material and important. It was drawn to the attention of the Commission almost at once after the opening of tenders. Notwithstanding that, the Commission proceeded as if the error had not been made and on the footing that it was entitled to treat the tender for what it said on its face.

and concluded:

> As I said in the course of the argument, a commission or other owner calling for tenders is entitled to be sceptical when a bidder who is the low tenderer by a

[2] (1978), 20 O.R. (2d) 447.

taire en reçoit notification avant d'accepter la soumission de l'entrepreneur. L'entrepreneur a soumis des arguments subsidiaires dont je reparlerai plus loin.

Il ne s'agit pas en l'occurrence d'une affaire où l'erreur de l'entrepreneur soumissionnaire est apparente à la lecture de la soumission. L'erreur en cause ici en est une qui appelle des explications extérieures aux pièces de la soumission. C'est la conclusion à laquelle en est venu le juge de première instance et des éléments de preuve étayent cette conclusion. Il ne s'agit pas non plus d'une affaire où le tribunal de première instance a conclu à une manœuvre malhonnête, comme si l'entrepreneur avait tenté de retirer sa soumission présentée en bonne et due forme après s'être rendu compte qu'il est le plus bas soumissionnaire par un écart considérable.

La Cour d'appel a infirmé le jugement de première instance estimant que la propriétaire n'avait pas essayé de [TRADUCTION] «faire connaître son acceptation de la soumission», mais qu'elle avait plutôt invoqué la clause 13 des «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» que j'ai déjà citée. En se fondant sur l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Belle River Community Arena Inc. v. W. J. C. Kaufmann Co. Ltd. et al.*[2], après le prononcé du jugement de première instance en l'espèce, la Cour d'appel a conclu que [TRADUCTION] «le pollicité ne peut accepter l'offre s'il sait qu'elle a été faite par erreur et que l'erreur touche à une condition essentielle du contrat». Au nom de la Cour d'appel, le juge Arnup a ajouté:

> [TRADUCTION] A notre avis, le principe énoncé dans l'affaire précitée doit s'appliquer ici. L'erreur en cause a été jugée grave et essentielle, et elle l'était manifestement. Elle a été portée à l'attention de la Commission presque immédiatement après l'ouverture des soumissions. Malgré cela, la Commission a continué à agir comme si l'erreur ne s'était pas produite en affirmant qu'elle avait le droit de considérer la soumission selon ses termes apparents.

Il a conclu:

> [TRADUCTION] Comme je l'ai dit pendant les plaidoiries, une commission ou un autre propriétaire qui fait des appels d'offres a raison de se montrer sceptique

[2] (1978), 20 O.R. (2d) 447.

very substantial amount attempts to say, after the opening of tenders, that a mistake has been made. However, when that mistake is proven by the production of reasonable evidence, the person to whom the tender is made is not in a position to accept the tender or to seek to forfeit the bid deposit.

In the *Belle River* case, *supra*, the contractor purported to withdraw the tender before any action to accept was taken by the owner. In the course of reaching the conclusion that the contractor was entitled to recover his bid bond, Arnup J.A. in that case found that the owner was unable to accept the offer once he became aware that it contained a mistake which affected a fundamental term of the contract. At p. 452 the learned justice in appeal put it this way:

In substance, the purported offer, because of the mistake, is not the offer the offeror intended to make, and the offeree knows that.

The principle applies even if there is a provision binding the offeror to keep the offer open for acceptance for a given period.

and continuing on pp. 453-4:

In view of the conclusion I have reached as to the inability of the plaintiff to accept the tender, it does not matter, in my opinion, whether the purported tender could be withdrawn, or was in fact withdrawn, before the purported acceptance.

. . .

If Kaufmann's tender could be withdrawn before acceptance (as occurred in *Hamilton Bd. Ed.* case [[1960] O.R. 594]), then Kauffman's [sic] tender was so withdrawn, and no contract came into existence. If it could not be withdrawn for 60 days, it nevertheless could not be accepted, for the reason already stated, and hence no contract came into existence.

This judgment is the basis for that given by the Court of Appeal in these proceedings.

Before us the contractor took the position that, by reason of the fact that the owner did not execute the construction contract before proffering it to the contractor for signature, the owner had not thereby conformed with the quoted portion of paragraph 13. I find nothing in the "Information for Tenderers" or in any of the tender documents which in any way supports such a position. Indeed,

quand celui qui se trouve le plus bas soumissionnaire par une marge considérable soutient, après l'ouverture des soumissions, qu'il y a eu erreur. Toutefois, lorsque la présentation d'une preuve raisonnable établit l'erreur, la personne à qui la soumission est présentée n'est pas en mesure d'accepter la soumission ni de chercher à garder le dépôt de soumission.

Dans l'affaire *Belle River*, précitée, l'entrepreneur avait voulu retirer la soumission avant que le propriétaire ne l'accepte. En concluant que l'entrepreneur a le droit de récupérer son cautionnement de soumission, le juge Arnup de la Cour d'appel a décidé, dans cette affaire-là, que le propriétaire ne pouvait accepter l'offre après avoir appris que celle-ci comportait une erreur sur une condition essentielle du contrat. Voici ce que le savant juge dit, à la p. 452:

[TRADUCTION] Au fond, à cause de l'erreur, la prétendue offre n'est pas celle que le pollicitant a voulu faire et le pollicité le sait.

Le principe s'applique même s'il y a une disposition qui oblige le pollicitant à maintenir son offre pendant un délai donné.

il poursuit, aux pp. 453 et 454:

Selon l'analyse de la conclusion à laquelle j'en viens quant à l'impossibilité pour la demanderesse d'accepter la soumission, il importe peu, à mon avis, que la prétendue soumission puisse être retirée ou qu'elle l'ait été effectivement, avant la prétendue acceptation.

. . .

Si la soumission de Kaufmann pouvait être retirée avant son acceptation (comme dans l'affaire *Hamilton Bd. Ed.*, [[1960] O.R. 594]), alors sa soumission a été retirée et il n'y a eu formation d'aucun contrat. S'il n'était pas possible de la retirer pendant soixante jours, elle ne pouvait pas non plus être acceptée pour le motif déjà mentionné et, par conséquent, il n'y a eu formation d'aucun contrat.

Cet arrêt a servi de fondement à l'arrêt rendu par la Cour d'appel en l'espèce.

L'entrepreneur a soutenu devant nous qu'en ne signant pas le contrat d'entreprise avant de le présenter à l'entrepreneur pour signature, la propriétaire ne s'était pas conformée aux dispositions précitées de la clause 13. Je ne vois rien dans les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» ni dans aucune autre pièce de soumission qui justifie cette position. Il est vrai que le texte de la

the term of the last part of paragraph 13, which I have already set out above, read literally would require the tenderer to execute the agreement and associated documents and file them with the owner in order to avoid the retention by the owner of the tender deposit. Clearly on the documentary record the owner called upon the contractor to enter into the construction contract in the manner provided for in the tender documents and the construction contract did not come into being solely by reason of the contractor's refusal to execute the form of contract forwarded to the contractor by the owner.

The revocability of the offer must, in my view, be determined in accordance with the "General Conditions" and "Information for Tenderers" and the related documents upon which the tender was submitted. There is no question when one reviews the terms and conditions under which the tender was made that a contract arose upon the submission of a tender between the contractor and the owner whereby the tenderer could not withdraw the tender for a period of sixty days after the date of the opening of the tenders. Later in these reasons this initial contract is referred to as contract A to distinguish it from the construction contract itself which would arise on the acceptance of a tender, and which I refer to as contract B. Other terms and conditions of this unilateral contract which arose by the filing of a tender in response to the call therefor under the aforementioned terms and conditions, included the right to recover the tender deposit sixty days after the opening of tenders if the tender was not accepted by the owner. This contract is brought into being automatically upon the submission of a tender. The terms and conditions specified in the tender documents and which become part of the terms of contract A between the owner and the contractor included the following provision:

6. *Withdrawal or Qualifying of Tenders*

A tenderer who has already submitted a tender may submit a further tender at any time up to the official closing time. The last tender received shall supersede and invalidate all tenders previously submitted by that tenderer for this contract.

fin de la clause 13 que j'ai déjà cité, pris à la lettre, exigerait que le soumissionnaire signe le contrat et les annexes et les produise auprès de la propriétaire pour éviter que celle-ci ne garde le dépôt de soumission. D'après le dossier, la propriétaire a manifestement exigé de l'entrepreneur qu'il signe le contrat d'entreprise de la façon prévue à l'appel d'offres et ce contrat n'a pas été signé uniquement en raison du refus de l'entrepreneur de signer la formule de contrat que la propriétaire lui avait expédiée.

A mon avis, il faut déterminer la révocabilité de l'offre d'après les «Conditions générales» et les «Renseignements à l'usage des soumissionnaires» et les pièces accessoires en vertu desquelles la soumission a été faite. Il ressort manifestement de l'examen des conditions auxquelles la soumission a été faite que sa présentation a donné lieu à un contrat entre l'entrepreneur et la propriétaire, en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission pendant les soixante jours suivant la date d'ouverture des soumissions. Plus loin dans les présents motifs, j'appellerai ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d'entreprise lui-même qui résulte de l'acceptation de la soumission et que j'appellerai le contrat B. Parmi les autres conditions de ce contrat unilatéral qui découle de la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres aux conditions susmentionnées, se trouve le droit de recouvrer le dépôt de soumission soixante jours après l'ouverture des soumissions si la propriétaire n'a pas accepté la soumission. Ce contrat prend naissance automatiquement par la présentation d'une soumission. Les conditions générales qui sont mentionnées aux documents de l'appel d'offres et qui deviennent celles du contrat A intervenu entre l'entrepreneur et la propriétaire comportent les dispositions suivantes:

[TRADUCTION] 6. *Retrait ou modification des soumissions*

Un soumissionnaire qui a déjà présenté sa soumission peut en présenter une autre à tout moment avant l'heure limite fixée. La dernière soumission reçue annule et remplace toutes les soumissions précédentes de ce soumissionnaire pour le même ouvrage.

A tenderer may withdraw or qualify his tender at any time up to the official closing time by submitting a letter bearing his signature and seal as in his tender to the Commission Secretary or his authorized representative in his office who will mark thereon the time and date of receipt and will place the letter in the tender box. No telegrams or telephone calls will be considered.

Paragraph 13, which I have quoted earlier, provides for the return of the tender deposit on the execution of the construction contract and then goes on to provide, and I repeat the applicable portion for emphasis:

Except as otherwise herein provided the tenderer guarantees that if his tender is withdrawn ... or if the Commission does not for any reason receive within the period of seven days ... the Agreement executed by the tenderer ... the Commission may retain the tender deposit ...

Paragraph 14 is also relevant:

The tenderer agrees that, if requested so to do by the Commission or anyone acting on its behalf within 90 days after the date of opening tenders, he will execute in triplicate and return to the Commission the Agreement in the form found [sic] herein within seven days after being so requested.

Here the contractor expressly avoided employing any terminology indicating a withdrawal of the tender, and indeed affirmatively asserted the position throughout that the offer had not been revoked. The owner did proffer a construction agreement and this agreement was not executed by the tenderer within the seven day period.

It is convenient at this point to dispose of a submission by the contractor that forfeiture of the deposit could occur only if the contractor failed to furnish the performance and payment bonds under paragraph 12 of the "Information for Tenderers", and since the contractor's obligation thereunder arose only upon the receipt of the construction contract executed by the owner, no right to forfeiture ever arose. Paragraph 12 deals only with the acceptance of a tender by the execution of the construction contract. The paragraph has no relation to payment or retention of deposit moneys. In short, the provision is concerned entirely with the second stage of the contracting procedure, the

Un soumissionnaire peut retirer ou modifier sa soumission à tout moment avant l'heure limite fixée en présentant une lettre portant les mêmes signature et sceau que dans sa soumission au secrétaire de la Commission ou à son représentant autorisé, au bureau de celui-ci, qui y indiquera la date et l'heure de réception et la déposera dans la boîte aux soumissions. Il ne sera tenu compte ni des télégrammes ni des appels téléphoniques.

La clause 13, que j'ai déjà citée, prévoit le remboursement du dépôt de soumission dès la signature du contrat d'entreprise et poursuit en des termes que je répète pour les souligner:

[TRADUCTION] Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est retirée ... ou si, pour une raison quelconque, la Commission ne reçoit pas, dans les sept jours ... le contrat signé par le soumissionnaire, ... la Commission poura conserver le dépôt de soumission ...

La clause 14 est aussi pertinente:

[TRADUCTION] Le soumissionnaire convient que si la Commission ou quiconque agissant pour elle l'exige dans les 90 jours suivant la date d'ouverture des soumissions, il signera en triplicata et fera parvenir à la Commission le contrat, selon la formule incluse aux présentes, dans les sept jours de telle réquisition.

En l'espèce, l'entrepreneur a expressément évité d'employer des termes indiquant le retrait de sa soumission. Il a plutôt soutenu de façon constante que la soumission n'avait pas été retirée. La propriétaire a présenté le contrat d'entreprise, mais le soumissionnaire ne l'a pas signé dans le délai de sept jours.

Il convient de répondre d'abord à la prétention de l'entrepreneur selon laquelle il ne peut y avoir confiscation du dépôt que si l'entrepreneur fait défaut de fournir les garanties d'exécution et de paiement prévues à la clause 12 des «Renseignements à l'usage des soumissionnaires», et, comme l'obligation de l'entrepreneur en vertu de cet article ne prend naissance que sur réception du contrat d'entreprise signé par la propriétaire, le droit de confisquer le dépôt n'a jamais pris naissance. La clause 12 ne porte que sur l'acceptation d'une soumission par la signature du contrat d'enteprise. Elle n'a aucun rapport avec le paiement ou la rétention du montant du dépôt. En bref, la disposi-

construction contract, a stage not here reached and with which we are not concerned.

We are then left with the bare submission on behalf of the contractor that while the offer was not withdrawn it was not capable of acceptance and that by reason thereof the contractor is entitled to a return of the deposit.

I share the view expressed by the Court of Appeal that integrity of the bidding system must be protected where under the law of contracts it is possible so to do. I further share the view expressed by that Court that there may be circumstances where a tender may not be accepted as for example where in law it does not constitute a tender, and hence the bid deposit might not be forfeited. That is so in my view, however, simply because contract A cannot come into being. It puts it another way to say that the purported tender does not in law amount to an acceptance of the call for tenders and hence the unilateral contract does not come into existence. Therefore, with the greatest of respect, I diverge from that Court where it is stated in the judgment below:

> However, when that mistake is proven by the production of reasonable evidence, the person to whom the tender is made is not in a position to accept the tender or to seek to forfeit the bid deposit.

The test, in my respectful view, must be imposed at the time the tender is submitted and not at some later date after a demonstration by the tenderer of a calculation error. Contract A (being the contract arising forthwith upon the submission of the tender) comes into being forthwith and without further formality upon the submission of the tender. If the tenderer has committed an error in the calculation leading to the tender submitted with the tender deposit, and at least in those circumstances where at that moment the tender is capable of acceptance in law, the rights of the parties under contract A have thereupon crystallized. The tender deposit, designed to ensure the performance of the obligations of the tenderer under contract A, must therefore stand exposed to the risk of forfeiture upon the breach of those

tion porte entièrement sur la seconde étape de l'attribution de marchés, soit le contrat d'entreprise, étape qui n'a pas été atteinte en l'espèce et qui n'est pas en cause.

Il ne reste donc que l'argument strict de l'entrepreneur selon lequel, bien que l'offre n'ait pas été retirée, elle n'était pas susceptible d'acceptation et qu'en conséquence l'entrepreneur a droit au remboursement du dépot.

Je partage l'avis exprimé par la Cour d'appel qu'il faut préserver l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres chaque fois qu'il est possible de le faire en vertu du droit des contrats. Je partage aussi l'avis de cette cour qu'il peut y avoir des circonstances où une soumission n'est pas acceptée, si par exemple elle ne constitue pas une soumission en droit, et où le dépôt de soumission peut ne pas être confisqué. Il en est ainsi, à mon avis, uniquement parce que le contrat A ne peut prendre naissance. Autrement dit, la prétendue soumission ne constitue pas en droit une acceptation de l'appel d'offres et, en conséquence, il n'y a pas formation d'un contrat unilatéral. Donc, avec égards, je ne suis pas de l'avis de la Cour d'appel quand elle dit:

> [TRADUCTION] Toutefois, lorsque la présentation d'une preuve raisonnable établit l'erreur, la personne à qui la soumission est présentée n'est pas en mesure d'accepter la soumission ni de chercher à garder le dépôt de soumission.

A mon avis, il faut appliquer le test au moment où la soumission est présentée et non plus tard, après que le soumissionnaire a démontré l'existence d'une erreur de calcul. Le contrat A (celui qui prend naissance dès la présentation de la soumission) est immédiatement formé sans autre formalité à la présentation de la soumission. Si le soumissionnaire a commis une erreur dans le calcul de la soumission présentée en même temps que le dépôt de soumission, au moins dans les cas où la soumission est alors susceptible d'acceptation en droit, les droits des parties en vertu du contrat A sont dès lors cristallisés. Le dépôt de soumission, qui vise à assurer l'exécution des obligations du soumissionnaire en vertu du contrat A, doit en conséquence pouvoir faire l'objet de confiscation si le soumissionnaire ne les respecte pas. Lorsque les

obligations by the tenderer. Where the conduct of the tenderer might indeed expose him to other claims in damages by the owner, the tender deposit might well be the lesser pain to be suffered by reason of the error in the preparation of the tender. This I will return to later.

Much argument was undertaken in this Court on the bearing of the law of mistake on the outcome of this appeal. In approaching the application of the principles of mistake it is imperative here to bear in mind that the only contract up to now in existence between the parties to this appeal is the contract arising on the submission of the tender whereunder the tender is irrevocable during the period of time stipulated in the contract. Contract B (the construction contract, the form of which is set out in the documents relating to the call for tenders) has not and did not come into existence. We are concerned therefore with the law of mistake, if at all, only in connection with contract A.

The tender submitted by the respondent brought contract A into life. This is sometimes described in law as a unilateral contract, that is to say a contract which results from an act made in response to an offer, as for example in the simplest terms, "I will pay you a dollar if you will cut my lawn". No obligation to cut the lawn exists in law and the obligation to pay the dollar comes into being upon the performance of the invited act. Here the call for tenders created no obligation in the respondent or in anyone else in or out of the construction world. When a member of the construction industry responds to the call for tenders, as the respondent has done here, that response takes the form of the submission of a tender, or a bid as it is sometimes called. The significance of the bid in law is that it at once becomes irrevocable if filed in conformity with the terms and conditions under which the call for tenders was made and if such terms so provide. There is no disagreement betweem the parties here about the form and procedure in which the tender was submitted by the respondent and that it complied with the terms and conditions of the call for tenders. Consequently, contract A came into being. The principal term of contract A is the irrevocability of

actes du soumissionnaire pourraient l'exposer à d'autres réclamations en dommages-intérêts de la part du propriétaire, le dépôt de soumission peut bien être le moindre mal à subir en raison de l'erreur survenue dans la préparation de la soumission. Je reviendrai sur le sujet plus tard.

La portée du droit relatif à l'erreur sur l'issue de ce pourvoi a été longuement débattue en cette Cour. Il faut aborder l'application des principes sur l'erreur en se rappelant que le seul contrat qui existe présentement entre les parties est le contrat né de la présentation de la soumission, en vertu duquel cette dernière est irrévocable pendant le délai stipulé au contrat. Le contrat B (le contrat d'entreprise dont la formule fait partie des pièces de l'appel d'offres) n'est pas formé et ne l'a jamais été. Si besoin est, il faudra examiner le droit relatif à l'erreur seulement en rapport avec le contrat A.

La soumission présentée par l'intimée a donné naissance au contrat A. Celui-ci est parfois appelé en droit contrat unilatéral, c.-à-d. un contrat qui résulte d'un acte fait en réponse à une offre, par exemple, de la façon la plus simple: «Je vous paierai un dollar si vous tondez mon gazon». Il n'y a pas, en droit, d'obligation de tondre le gazon et l'obligation de verser un dollar ne naît que de l'exécution de l'acte mentionné dans l'offre. En l'espèce, l'appel d'offres n'a créé aucune obligation pour l'intimée, ni pour qui que ce soit dans l'industrie de la construction ou hors de celle-ci. Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres, comme l'intimée l'a fait en l'espèce, elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. Il n'y a pas de désaccord entre les parties quant à la formule utilisée et à la procédure suivie par l'intimée pour présenter la soumission ni quant à la conformité de celle-ci aux conditions générales de l'appel d'offres. En conséquence, il y a eu formation du contrat A. La condition principale du contrat A est

the bid, and the corollary term is the obligation in both parties to enter into a contract (contract B) upon the acceptance of the tender. Other terms include the qualified obligations of the owner to accept the lowest tender, and the degree of this obligation is controlled by the terms and conditions established in the call for tenders.

The role of the deposit under contract A is clear and simple. The deposit was required in order to ensure the performance by the contractor-tenderer of its obligations under contract A. The deposit was recoverable by the contractor under certain conditions, none of which were met; and also was subject to forfeiture under another term of the contract, the provisions of which in my view have been met.

There is no question of a mistake on the part of either party up to the moment in time when contract A came into existence. The employee of the respondent intended to submit the very tender submitted, including the price therein stipulated. Indeed, the President, in instructing the respondent's employee, intended the tender to be as submitted. However, the contractor submits that as the tender was the product of a mistake in calculation, it cannot form the basis of a construction contract since it is not capable of acceptance and hence it cannot be subject to the terms and conditions of contract A so as to cause a forfeiture thereunder of the deposit. The fallacy in this argument is twofold. Firstly, there was no mistake in the sense that the contractor did not intend to submit the tender as in form and substance it was. Secondly, there is no principle in law under which the tender was rendered incapable of acceptance by the appellant. For a mutual contract such as contract B to arise, there must of course be a meeting of the minds, a shared *animus contrahendi*, but when the contract in question is the product of other contractual arrangements, different considerations apply. However, as already stated, we never reach that problem here as the rights of the parties fall to be decided according to the tender arrangements, contract A. At the point when the tender was submitted the owner had not been told

l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission. Les autres conditions comportent l'obligation, sous certaines réserves, pour la propriétaire d'accepter la soumission la plus basse, obligation dont l'étendue est déterminée par les conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

La fonction du dépôt prévu au contrat A est claire et simple. Le dépôt est exigé pour garantir l'exécution par l'entrepreneur soumissionnaire des obligations que le contrat A lui impose. L'entrepreneur avait droit de recouvrer le dépôt à certaines conditions, dont aucune n'a été remplie; par ailleurs le dépôt pouvait être confisqué en vertu d'une autre disposition du contrat dont les conditions se sont réalisées.

Il n'est pas question d'erreur de la part de l'une ou de l'autre partie jusqu'au moment où le contrat A est né. L'employée de l'intimée a eu l'intention de présenter exactement la soumission qu'elle a présentée, y compris quant au prix qui y est mentionné. A la vérité, en donnant les instructions à l'employée de l'intimée, le président a voulu que la soumission soit dans l'état où elle a été présentée. Cependant, l'entrepreneur soutient que, comme la soumission résulte d'une erreur de calcul, elle ne peut servir de fondement à un contrat d'entreprise puisqu'elle ne peut être acceptée, et qu'en conséquence elle ne peut être assujettie aux conditions du contrat A et partant, donner lieu à la confiscation du dépôt. Cet argument contient deux erreurs. D'abord, il n'y a pas eu d'erreur en ce sens que l'entrepreneur n'aurait pas eu l'intention de présenter la soumission quant au fond et à la forme comme elle l'a été. En second lieu, il n'y a pas de principe juridique en vertu duquel il serait devenu impossible à l'appelante d'accepter la soumission. Pour qu'il y ait formation d'un contrat synallagmatique comme le contrat B, il faut évidemment qu'il y ait un accord des volontés, une volonté mutuelle de contracter, mais quand le contrat en cause découle d'autres dispositions contractuelles, ce sont d'autres considérations qui s'appliquent. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, nous ne parvenons jamais à ce problème en l'espèce, puis-

about the mistake in calculation. Unlike the case of *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*[3] there was nothing on the face of the tender to reveal an error. There was no inference to be drawn by the quantum of the tender (bearing in mind the estimate by Gore and Storrie) that there had indeed been a miscalculation.

In the *McMaster University* case, *supra*, the trial judge, Thompson J., heard an action for breach of contract in refusing to proceed with the execution of a construction agreement, and the claim by the owner was for damages equal to the difference between the defendant's bid and the next lowest. The court dismissed the claim finding no obligation on the defendant to conclude a construction contract. Various references are made to the doctrine of mistake but the case appears to have turned upon the fact that the mistake was known to the offeree and therefore the offer could not be accepted and hence the formation of the contract could not occur. In that case the offer mistakenly omitted one page of the tender and the learned judge, at p. 804, stated:

> It undoubtedly must have been apparent to Mr. Hedden [employee of the owner], if not to the entire tender committee, that this page was missing from the Wilchar [contractor] tender as delivered.

and again at p. 808:

> To me this is patently a case where the offeree, for its own advantage, snapped at the offeror's offer well knowing that the offer as made was made by mistake.

The court was therefore, in that case, not so much concerned with mistake as with the inability of the parties to comply on the facts with the fundamental rules pertaining to the formation of contracts. There could be no *consensus ad idem* and hence construction contract B could not come into being. More important to the issue now before us, the document submitted by the contractor was on its face incomplete and could not in law amount to a

[3] [1971] 3 O.R. 801.

que les droits des parties sont appelés à être déterminés conformément aux dispositions de l'appel d'offres, soit le contrat A. Au moment de présenter la soumission, la propriétaire n'avait pas été avisée de l'erreur de calcul. Contrairement à l'affaire *McMaster University v. Wilchar Construction Ltd. et al.*[3], rien à la lecture de la soumission ne révèle une erreur. Il n'y avait pas lieu de conclure à cause du montant de la soumission (compte tenu de l'estimation préparée par Gore and Storrie) qu'il y avait en réalité eu erreur de calcul.

Dans l'affaire *McMaster University*, précitée, le juge Thompson, a entendu, en première instance, une action pour inexécution d'un contrat résultant du refus de signer un contrat d'entreprise. La propriétaire a réclamé, à titre de dommages-intérêts, la différence entre le montant de la soumission de la défenderesse et le montant de la deuxième plus basse soumission. La cour a rejeté l'action concluant que la défenderesse n'avait pas l'obligation de conclure un contrat d'entreprise. On y invoque divers aspects de la doctrine de l'erreur, mais l'affaire tient à ce que, comme l'erreur était connue du pollicité, l'offre ne pouvait être acceptée et partant il ne pouvait y avoir formation d'un contrat. Dans cette affaire, il manquait, par erreur, une page à la soumission. Le juge de première instance dit à la p. 804:

> [TRADUCTION] Il doit certainement avoir été clair pour M. Hedden [un employé de la propriétaire], sinon pour tout le comité de soumissions, que cette page manquait à la soumission présentée par l'entrepreneur Wilchar.

plus loin, à la p. 808, il dit:

> [TRADUCTION] A mon avis, il s'agit manifestement d'un cas où la propriétaire, pour s'avantager, saute sur l'offre de la soumissionnaire sachant fort bien que l'offre est faite par erreur.

Dans cette affaire, la cour a moins tenu compte de l'erreur que de l'impossibilité pour les parties de se conformer, vu les faits, aux règles fondamentales relatives à la formation des contrats. Il ne pouvait y avoir consentement sur un même objet, donc le contrat d'entreprise B ne pouvait être formé. Ce qui est encore plus pertinent au litige qui nous est soumis, c'est que le document présenté par l'entrepreneur était incomplet à sa lecture même et ne

[3] [1971] 3 O.R. 801.

tender as required by the conditions established in the call for tenders.

It was not seriously advanced that this was a case of patent error in the tender offer and I proceed on the basis that there was not a patent error present.

On the facts as found by the learned trial judge, no mistake existed which impeded or affected the coming into being of contract A. The 'mistake' occurred in the calculations leading to the figures that the contractor admittedly intended to submit in his tender. Therefore, the issue in my view concerns not the law of mistake but the application of the forfeiture provisions contained in the tender documents. The effect a mistake may have on the enforceability or interpretation of a contract subsequently arising is an entirely different question, and one not before us. Neither are we here concerned with a question as to whether a construction contract can arise between parties in the presence of a mutually known error in a tender be it, at least initially, either patent or latent.

It might be argued that by some abstract doctrine of law a tender which could not form the basis of a contract upon acceptance in the sense of contract B, could not operate as a tender to bring into being contract A. It is unnecessary to consider such a theory because it was not and could not be argued that the tender as actually submitted by the contractor herein was not in law capable of acceptance immediately upon its receipt by the owner, the appellant. There may well be, as I have indicated, a situation in the contemplation of the law where a form of tender was so lacking as not to amount in law to a tender in the sense of the terms and conditions established in the call for tenders, and it may well be that such a form of tender could not be 'snapped up' by the owner, as some cases have put it, and therefore it would not operate to trigger the birth of contract A. Such a situation might arise in the circumstances described in Fridman, *The Law of Contract*, at p. 81:

pouvait constituer, en droit, une soumission conforme aux conditions générales mentionnées à l'appel d'offres.

On n'a pas soutenu avec beaucoup d'insistance qu'il s'agissait d'un cas d'erreur apparente dans la soumission et je vais tenir pour acquis qu'il n'y avait pas d'erreur apparente.

Selon les conclusions de fait du savant juge de première instance, il n'y a aucune erreur qui ait empêché ou altéré la naissance du contrat A. L'«erreur» s'est produite dans les calculs qui ont déterminé les sommes que l'entrepreneur avait l'intention avouée de proposer dans sa soumission. Donc, la question en litige, à mon sens, ne relève pas des règles de l'erreur, mais de l'application des dispositions relatives à la confiscation stipulées aux pièces de soumission. Les conséquences possibles d'une erreur sur le caractère exécutoire ou l'interprétation d'un contrat postérieur constituent une tout autre question et ce n'est pas celle qui nous est soumise. Il ne s'agit pas pour nous non plus de déterminer s'il peut y avoir formation d'un contrat d'entreprise entre des parties en présence d'une erreur dans la soumission connue de chacune d'elles que cette erreur soit, au moins au début, apparente ou cachée.

On pourrait soutenir qu'en vertu d'une théorie juridique abstraite, une soumission qui ne peut fonder la formation d'un contrat par son acceptation, c'est-à-dire le contrat B, ne peut avoir les effets d'une soumission et donner naissance au contrat A. Il est inutile de s'arrêter à une telle théorie parce qu'on n'a pas soutenu, et il aurait été impossible de le faire, que la soumission présentée par l'entrepreneur en l'espèce ne pouvait juridiquement être acceptée dès sa réception par la propriétaire appelante. Il peut exister, comme je l'ai déjà souligné, une situation juridique où la soumission est de par sa forme si déficiente qu'elle ne constitue pas, en droit, une soumission d'après les conditions générales de l'appel d'offres; il se peut que le propriétaire ne puisse «se précipiter» sur une telle soumission, pour employer l'expression de certains jugements, et par conséquent elle n'a pas pour effet d'entraîner la formation du contrat A. Une telle situation pourrait résulter des circonstances exposées dans l'ouvrage de Fridman *The Law of Contract*, à la p. 81:

An offer that is made in error, *e.g.*, as where the offeror intended to say $200 a ton but wrote $20 by mistake, may be an offer that cannot be validly accepted by the other party.

The rule in *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704 (*vide* Cheshire and Fifoot, *Law of Contract*, 9th ed., 1976, pp. 239-40, for a discussion of the *non est factum* rule) might also preclude the creation of a contract based upon such an offer. We do not have to decide that question here.

Nor are we concerned with the position of the parties where an action is brought upon a refusal to form contract B as was the case in *McMaster, supra*. It is true that the appellant-owner here has made a counter-claim for damages resulting from the refusal of the respondent to enter into the construction contract but such counter-claim was dismissed and the appeal herein is concerned only with the claim made by the respondent for the return of the tender deposit.

Left to itself, therefore, the law of contract would result in a confirmation of a dismissal by the learned trial judge of the claim by the contractor for the return of the tender deposit. The terms of contract A, already set out, clearly indicate a contractual right in the owner to forfeit this money.

As the respondent has not raised the principle of the law of penalty as it applies to the retention of the deposit here by the appellant, it is not necessary to deal with that branch of the law.

The contractor has in this Court and in the courts below also founded its claim for the return of the tender deposit on the basis that when the owner submitted the construction agreement for execution by the contractor-tenderer, the proffered contract was not signed and left blank the space in the contract form for the completion of the work although the contractor's tender had specified ninety weeks.

It should be noted that in the prescribed form of tender the contractor could either insert the time for the completion of the works or, on failing to do

[TRADUCTION] Une offre qui est faite par erreur, p. ex., si l'offrant a voulu dire $200 la tonne, mais a écrit $20 la tonne, par erreur, peut être une offre que l'autre partie ne peut validement accepter.

La règle de l'arrêt *Foster v. Mackinnon* (1869), L.R. 4 C.P. 704 (voir: Cheshire et Fifoot, *Law of Contract*, 9e éd., 1976, aux pp. 239 et 240, pour une analyse de la règle *non est factum*) pourrait bien empêcher la formation d'un contrat fondé sur une telle offre. Nous n'avons pas à nous prononcer sur cette question en l'espèce.

Nous n'avons pas non plus à nous arrêter à la situation des parties lorsque l'action découle du refus de passer le contrat B comme dans l'arrêt *McMaster*, précité. La propriétaire appelante a bien présenté une demande reconventionnelle en dommages-intérêts vu le refus de l'intimée de signer le contrat d'entreprise, mais cette demande reconventionnelle a été rejetée et ce pourvoi ne porte que sur la demande de remboursement du dépôt de soumission présentée par l'intimée.

Appliqué tel quel, le droit des contrats aurait pour effet de confirmer le rejet par le juge de première instance de la réclamation de l'entrepreneur en remboursement du dépôt de soumission. Les conditions déjà citées du contrat A indiquent nettement que la propriétaire a le droit en vertu du contrat de confisquer la somme.

Comme l'intimée n'a pas invoqué la règle du droit des pénalités applicable en l'espèce à la rétention du dépôt par l'appelante, il n'est pas nécessaire de traiter de cette branche du droit.

En cette Cour comme en première instance et en appel, l'entrepreneur a appuyé sa demande de remboursement du dépôt de soumission sur le fondement que lorsque la propriétaire a présenté le contrat d'entreprise pour signature à l'entrepreneur soumissionnaire, celui-ci n'était pas signé et la formule du contrat comportait un blanc à l'endroit prévu pour le délai de construction de l'ouvrage, bien que la soumission de l'entrepreneur spécifie un délai de quatre-vingt-dix semaines.

Il y a lieu de souligner que dans la formule prescrite de soumission, l'entrepreneur peut soit inscrire le délai d'achèvement des travaux soit ne

so, would be deemed to agree with the construction schedule stipulated by the owner's engineer. J. Holland J. at trial stated with reference to this submission:

> I have considered the fact that the time of completion was blank and have concluded that this was purely a clerical error and should not affect the rights and obligations of the parties. I approach this aspect of the case as if the documents as forwarded were in accordance with the tender and include the 90 week period. This is not such a situation as was considered by the Supreme Court of Canada in *Cole v. Summer*, [1900] 30 S.C.R. 379 [*sic*], where the matter in dispute was whether there had been an offer and an acceptance of the offer which was made.

The Court of Appeal was not, of course, called upon to determine this point by reason of its disposition of the case.

It would be anomolous indeed if the march forward to a construction contract could be halted by a simple omission to insert in the appropriate blank in the contract the number of weeks already specified by the contractor in its tender. It would be a simple matter for the contractor, in executing the prescribed form after having fixed the contract price and all other terms which were directly dependent upon its tender, to complete the form in accordance with that tender where the proffered contract was inadequate. The contractor was not asked to sign a contract which diverged in any way from its tender but simply to sign a contract in accordance with the instructions to tenderers and in conformity with its own tender. When executing the proffered contract, the contractor was free to insert "ninety weeks" in the blank space in the contract form and indeed to make any other additions or alterations required to bring the contract into conformity with the contractor's tender. I cannot conclude therefore that this omission has any bearing upon the rights of the parties to this appeal and specifically that it stands in the way of the owner in its assertion of its right to retain the tender deposit.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal, and restore

pas le mentionner auquel cas il est présumé accepter le calendrier de construction établi par les ingénieurs de la propriétaire. En première instance, le juge J. Holland dit à propos de cette allégation:

> [TRADUCTION] J'ai tenu compte du fait que le délai de construction était en blanc et j'ai conclu qu'il s'agissait purement d'une erreur d'écriture qui ne devrait pas modifier les droits et obligations des parties. Je considère cet aspect de l'affaire comme si les pièces transmises étaient conformes à la soumission et comportaient le délai de 90 semaines. Il ne s'agit pas ici d'une situation identique à celle que la Cour suprême du Canada a examinée dans l'affaire *Cole c. Summer*, [1900] 30 R.C.S. 379, où la question en litige était de savoir s'il y avait eu une offre et une acceptation de l'offre.

La Cour d'appel n'a évidemment pas eu à se prononcer sur ce point à cause de la décision qu'elle a rendue en l'espèce.

Il serait vraiment anormal que la progression vers la conclusion d'un contrat d'entreprise puisse être entravée par la simple omission d'inscrire à l'espace prévu à cette fin au contrat le nombre de semaines déjà mentionné par l'entrepreneur dans sa soumission. Il aurait été facile pour l'entrepreneur, en signant la formule prescrite après avoir établi le prix et les autres conditions du contrat en conformité exacte avec sa soumission, de remplir la formule selon les termes de cette soumission là où le contrat soumis était incomplet. On n'a pas demandé à l'entrepreneur de signer un contrat qui différait en quoi que ce soit de sa soumission, mais simplement de signer un contrat conforme aux instructions adressées aux soumissionnaires et à sa propre soumission. En signant le contrat présenté, l'entrepreneur avait la liberté d'inscrire «quatre-vingt-dix semaines» dans l'espace libre de la formule et même de faire les ajouts ou modifications nécessaires pour rendre le contrat conforme à sa soumission. En conséquence, je ne puis conclure que cette omission ait un effet quelconque sur les droits des parties à ce pourvoi et plus précisément qu'elle empêche la propriétaire de faire valoir son droit de conserver le dépôt de soumission.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel, de

the judgment of J. Holland J. at trial with costs, here and in all courts below, to the appellant.

Appeal allowed.

Solicitor for the defendants, respondents: H. Allan Leal, Toronto.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Soloway, Wright, Houston, Ottawa.

rétablir le jugement de première instance du juge J. Holland, avec dépens en faveur de l'appelante dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli.

Procureur des défenderesses, appelantes: H. Allan Leal, Toronto.

Procureurs de la demanderesse, intimée: Soloway, Wright, Houston, Ottawa.

Her Majesty The Queen in right of the Province of New Brunswick as represented by Treasury Board (*Applicant*) *Appellant*;

and

Mary Leeming, Grievor, and the Canadian Union of Public Employees, Local 380 (*Respondents*) *Respondents*;

and

Mary Leeming, Grievor, and the Canadian Union of Public Employees, Local 380 (*Applicants*) *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen in right of the Province of New Brunswick as represented by Treasury Board (*Respondent*) *Respondent*.

1980: October 23; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Labour relations — Grievances — Probationary employee — Dismissal on probation — Grievance procedure under collective agreement not available to employees while on probation — Adjudicator dismissed grievance submitted under collective agreement, allowed the grievance under s. 91(1) of New Brunswick's Public Service Labour Relations Act and awarded reinstatement — On application for certiorari, adjudicator's decision upheld, with the exception of the award — Appellant appealed and respondent cross-appealed variation of award — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 65, 91(1), 92(1), 96(2).

The respondent, an employee dismissed while on probation, submitted two grievances in respect of her dismissal, the first under subs. 91(1) of New Brunswick's *Public Service Labour Relations Act* and the second under the collective agreement. Both grievances, after being denied by Treasury Board, were referred to an adjudicator. The adjudicator decided that he had no jurisdiction to hear the grievance filed under the collective agreement. The collective agreement granted probationary employees all the rights and privileges of the agreement with the exception of recourse to the grievance procedure on dismissal. Respondent could not rely on Article 10.01 requiring just cause for dismissal. The

Sa Majesté La Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick représentée par le Conseil du Trésor (*Requérante*) *Appelante*;

et

Mary Leeming, réclamante, et le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 380 (*Intimés*) *Intimés*;

et

Mary Leeming, réclamante, et le Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 380 (*Requérants*) *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick représentée par le Conseil du Trésor (*Intimée*) *Intimée*.

1980: 23 octobre; 1981: 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Relations de travail — Griefs — Employé stagiaire — Congédiement pendant le stage — Aucun recours à la procédure de grief en vertu de la convention collective pour les employés en stage — Grief soumis en vertu de la convention collective rejeté par l'arbitre, grief en vertu de l'art. 91(1) de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick accueilli et réintégration accordée — Sur certiorari, sentence arbitrale confirmée sauf pour la réintégration — Appel formé par l'appelante de la modification de la sentence et appel incident de l'intimée — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, art. 65, 91(1), 92(1), 96(2).

L'intimée, une employée congédiée lors de son stage, a présenté deux griefs relatifs à son congédiement, le premier fondé sur le par. 91(1) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* du Nouveau-Brunswick et le second fondé sur la convention collective. Les deux griefs ont été renvoyés à un arbitre après avoir été rejetés par le Conseil du Trésor. L'arbitre a décidé qu'il n'avait pas compétence pour examiner le grief fondé sur la convention collective. La convention collective accorde aux employés stagiaires tous les droits et privilèges prévus à la convention à l'exception du recours à la procédure de règlement des griefs pour congédiement. L'intimée ne pouvait invoquer la clause

adjudicator, however, decided that respondent had a right to grieve under subs. 92(1)(*b*) of the Act which gave her statutory rights outside the collective agreement. In the absence of proven fault and because the dismissal was not justified in the circumstances, respondent was awarded reinstatement to the date of dismissal with full pay and benefits from that date. On an application for *certiorari* by the Treasury Board, the Court of Appeal upheld the adjudicator's decision, except for the award which was referred back to the adjudicator to be assessed in accordance with its reasons for judgment. The Treasury Board appealed to this Court and the respondent cross-appealed with respect to the variation of the adjudicator's award by the Court of Appeal.

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

With respect to the meaning and effect of Articles 10.01 and 22.01(e) of the collective agreement, the employer was entitled to terminate the respondent's employment without cause.

Section 65 of the Act provided that a collective agreement was "subject to and for the purposes of this Act" binding upon the employees in the bargaining unit. The respondent therefore was bound by the provisions of Articles 10.01 and 22.01(e) unless provision that diminished their impact on her could be found in the Act. Sections 91 and 92 of the Act, upon which the adjudicator and the Court of Appeal founded their decisions, did not purport to confer substantive rights upon employees in addition to their rights as defined in the collective agreement. They defined the circumstances in which an employee who felt himself to be aggrieved could present his grievance at each level up to the final level in the grievance procedure (s. 91) and in which, after having presented his grievance up to that level, he could refer it to adjudication (s. 92). The grievance submitted, however, had to be determined in accordance with the provisions of the collective agreement. Since the employer had the right, under the provisions of the collective agreement, to terminate the respondent's employment without showing just cause, there was an error on the face of the record when the adjudicator decided that the respondent's grievance had been established because the employer had failed to establish fault on her part as a prerequisite for her dismissal. In putting the respondent in the same position as a permanent employee, the adjudicator ignored the express provisions of Articles 10.01 and 22.01(e) of the collective agreement, since Article 10.01 did not apply to probationary employees and Article 22.01(c) enabled the employer to terminate

10.01 qui exige une juste cause de congédiement. L'arbitre a toutefois décidé que l'intimée avait le droit de présenter un grief fondé sur l'al. 92(1)*b*) de la Loi qui lui confère des droits indépendamment de la convention collective. En l'absence de faute prouvée et parce que son congédiement n'était pas justifié dans les circonstances, l'intimée fut réintégrée à la date de son congédiement avec plein salaire et avantages rétroactivement. Sur la demande de *certiorari* présentée par le Conseil du Trésor, la Cour d'appel a confirmé la sentence arbitrale, à l'exception de la partie relative à la réintégration qui a été renvoyée à l'arbitre pour qu'il évalue l'indemnité conformément aux motifs de jugement. Le Conseil du Trésor se pourvoit devant cette Cour et l'intimée forme un pourvoi incident contre la modification apportée par la Cour d'appel à la sentence arbitrale.

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

En ce qui concerne le sens et la portée des clauses 10.01 et 22.01e) de la convention collective, l'employeur avait le droit de mettre fin à l'emploi de l'intimée sans cause.

L'article 65 de la Loi dispose qu'une convention collective «sous réserve de la présente loi et à ses fins» lie les employés de l'unité de négociation. L'intimée était par conséquent liée par les dispositions des clauses 10.01 et 22.01e), à moins que l'on ne trouve dans la Loi une disposition qui en atténue la portée à son égard. Les articles 91 et 92 de la Loi sur lesquels les décisions de l'arbitre et la Cour d'appel se sont fondées ne visent pas à conférer à des employés des droits qui s'ajoutent à ceux que leur reconnaît la convention collective. Ils définissent les cas dans lesquels un employé qui s'estime lésé peut présenter son grief aux différents paliers de la procédure applicable aux griefs, y compris le plus haut, (art. 91) et dans lesquels, lorsqu'il a porté son grief à ce palier, il peut le renvoyer à l'arbitrage (art. 92). On devait cependant statuer sur le grief soumis conformément aux dispositions de la convention collective. Puisqu'en vertu des dispositions de la convention collective, l'employeur a le droit de mettre fin à l'emploi de l'intimée sans fournir de juste cause, il y a eu une erreur de droit apparente au dossier lorsque l'arbitre a décidé que le grief de l'intimée était bien fondé étant donné que l'employeur n'avait pas démontré qu'elle avait commis une faute avant de la congédier. En mettant l'intimée sur le même pied qu'un employé titulaire, l'arbitre n'a pas tenu compte des dispositions expresses des clauses 10.01 et 22.01e) de la convention collective, puisque la clause 10.01 ne s'applique pas aux employés stagiaires et que la clause 22.01e) autorise l'employeur à mettre fin à l'emploi d'un employé stagiaire sans que ce dernier

the employment of a probationary employee without recourse to the grievance procedure.

Re Paasche (1979), 26 N.B.R. (2d) 199, considered; *Heustis v. The New Brunswick Electric Power Commission*, [1979] 2 S.C.R. 768, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for New Brunswick[1], supporting the adjudicator's decision, except for the award. Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

David M. Norman, Q.C., for the applicant, appellant.

Robert D. Breen, for the respondents, respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The respondent was hired by the Board of School Trustees, District 20, as a School Secretary, commencing November 1, 1978. She was a probationary employee. While still a probationary employee, her employment was terminated on February 9, 1979, by a letter dated January 26, 1979.

The conditions of her employment were contained in a collective agreement dated December 9, 1977, between the appellant ("Treasury Board") and the Canadian Union of Public Employees.

The provisions of the agreement relevant to this appeal are as follows:

1.04 Application of Agreement

(a) This Agreement applies to and is binding on the Union, each employee, the Employer and its agents.

. . .

8.01 Application of Public Service Labour Relations Act

The Parties agree that the adjudication provisions of the Public Service Labour Relations Act shall apply.

8.02 Decision of Adjudicator or Board of Adjudication

[1] (1979), 27 N.B.R. 578, (1979), 60 A.P.R. 578.

puisse avoir recours à la procédure de règlement des griefs.

Jurisprudence: arrêt examiné: *Re Paasche* (1979), 26 N.B.R. (2d) 199; *Heustis c. La Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 768.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick[1], qui a confirmé une sentence arbitrale à l'exception de la réintégration. Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

David M. Norman, c.r., pour la requérante, appelante.

Robert D. Breen, pour les intimés, intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'intimée a été embauchée par le Conseil scolaire du District 20 comme secrétaire d'école à compter du 1er novembre 1978. C'était une employée stagiaire. Avant la fin de sa période de stage, une lettre datée du 26 janvier 1979 l'a avisée que son emploi prenait fin le 9 février 1979.

Les conditions de son emploi sont régies par une convention collective en date du 9 décembre 1977, entre l'appelant («Conseil du Trésor») et le Syndicat canadien de la Fonction publique.

Les dispositions de la convention collective pertinentes à ce pourvoi sont les suivantes:

[TRADUCTION] 1.04 Application de la convention

a) La présente convention s'applique, tout en les liant, au Syndicat, aux employés, à l'Employeur et à ses mandataires.

. . .

8.01 Application de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics

Les Parties reconnaissent que les dispositions relatives à l'arbitrage de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics leur seront applicables.

8.02 Décision d'un arbitre ou d'un conseil d'arbitrage

[1] (1979), 27 N.B.R. 578, (1979), 60 A.P.R. 578.

An adjudicator or a board of adjudication shall not have the power to alter or change any of the provisions of this Agreement or to substitute any new provision for any existing provision nor to give any decision inconsistent with the terms thereof.

. . .

10.01 Discharge Procedure

No employee who has completed his probationary period shall be suspended or discharged except for just cause. Where an employee is suspended or discharged, the Employer within five working days of the suspension or discharge shall notify the employee in writing by registered mail or personal service stating the reason for the suspension or discharge, and a copy of such notice of suspension or discharge will be forwarded to the Secretary of the Local Union.

. . .

22.01 . . .

(e) A "probationary" employee may be employed either full-time or part-time. Newly hired employees shall be considered on a probationary basis for a period of one hundred (100) working days. During the probationary period, employees shall be entitled to all rights and privileges of the Agreement, except with respect to discharge. The employment of such employees may be terminated at any time during the probationary period without recourse to the Grievance Procedure.

The respondent submitted two grievances in respect of her dismissal. The first, dated February 8, 1979, was stated to be under subs. 91(1) of the *Public Service Labour Relations Act* ("the *Act*"), R.S.N.B. 1973, c. P-25. The second, dated February 9, 1979, was a grievance under the terms of the collective agreement alleging a violation of Article 10.01 of that agreement because she did not receive written reasons for her discharge.

Both grievances were denied by the Treasury Board and were referred to an adjudicator. He decided that he had no jurisdiction to hear the grievance filed under the provisions of the collective agreement because, as the respondent was a probationary employee, she could not rely upon the provisions of Article 10.01 of the collective agreement requiring just cause for dismissal.

Un arbitre ou un conseil d'arbitrage n'a pas le pouvoir de modifier ou de changer une disposition quelconque de la présente convention ou de substituer une nouvelle disposition à une disposition existante, ni de rendre une décision à l'encontre des dispositions de la présente convention.

. . .

10.01 Procédure relative au congédiement

Nul employé qui a terminé sa période de stage ne doit faire l'objet de suspension ou de congédiement sauf pour une juste cause. Lorsqu'un employé fait l'objet d'une suspension ou d'un congédiement, l'Employeur doit, dans le délai de cinq jours ouvrables après la suspension ou le congédiement, donner à l'employé par poste recommandée ou par signification à personne un avis écrit indiquant le motif de la suspension ou du congédiement, et une copie de cet avis de suspension ou de congédiement sera transmise au secrétaire de la section locale du Syndicat.

. . .

22.01 . . .

e) Un employé «stagiaire» peut être employé soit à temps plein soit à temps partiel. Les employés nouvellement embauchés doivent être considérés comme stagiaires pendant une période de cent (100) jours ouvrables. Durant la période de stage, les employés bénéficient de tous les droits et privilèges prévus à la convention, sauf relativement au congédiement. Leur emploi peut prendre fin à n'importe quel moment de la période de stage sans recours à la procédure de règlement des griefs.

L'intimée a présenté deux griefs relatifs à son congédiement. Le premier, en date du 8 février 1979, se dit fondé sur le par. 91(1) de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* («la *Loi*»), L.R.N.-B. 1973, chap. P-25. Le second, en date du 9 février 1979, fondé sur la convention collective, allègue une violation de la clause 10.01 de cette convention parce que l'intimée n'a pas été informée par écrit du motif de son congédiement.

Le Conseil du Trésor a rejeté les deux griefs qui ont été renvoyés à un arbitre. Celui-ci a décidé qu'il n'avait pas compétence pour examiner le grief fondé sur les dispositions de la convention collective parce que, comme l'intimée était une employée stagiaire, elle ne pouvait invoquer les dispositions de la clause 10.01 de la convention collective en vertu de laquelle un congédiement doit être motivé par une cause juste.

However, he proceeded to consider the grievance filed under the provisions of the *Act* because, even though she was a probationary employee, in his opinion the respondent had a right to grieve under para. (*b*) of subs. 92(1) of the *Act* which gave her statutory rights outside the collective agreement. His conclusions were stated as follows:

1. The grievor was a probationary employee for certain purposes of the collective agreement.

2. That by the terms of the collective agreement the collective agreement did not apply to her with respect to discharge.

3. That her dismissal was a disciplinary action imposed for an alleged fault by the grievor.

4. That no fault was established and her dismissal was not justified in the circumstances.

I order the grievor reinstated to the date of her dismissal with full benefits and pay from that date.

The Treasury Board applied for an order of *certiorari* to quash the decision of the adjudicator, which application was referred to the Court of Appeal. The Court of Appeal supported the decision of the adjudicator except that his award, requiring the Treasury Board to reinstate the respondent to the date of dismissal with full benefits and pay from that date, was quashed and the matter was referred back to the adjudicator to assess such compensation as he might deem payable in accord with the reasons for judgment of the Court of Appeal.

With leave, the Treasury Board has appealed to this Court and the respondent has cross-appealed in respect of the variation of the adjudicator's award made by the Court of Appeal.

The provisions of the *Act*, relevant to this appeal, are as follows:

65 A collective agreement is, subject to and for the purposes of this Act, binding on the employer, on the bargaining agent that is a party thereto and its constituent elements, and on the employees in the bargaining unit in respect of which the bargaining agent has been certified, effective on and from the day on and from which it has effect pursuant to subsection 64(1).

. . .

91 (1) Where any employee feels himself to be aggrieved

Il a cependant examiné le grief fondé sur les dispositions de la *Loi* parce que, même si l'intimée est une employée stagiaire, elle a, selon lui, le droit de présenter un grief fondé sur l'al. 92(1)*b*) de la *Loi* qui lui confère des droits indépendamment de la convention collective. Ses conclusions sont les suivantes:

[TRADUCTION] 1. La réclamante est une employée stagiaire à certaines fins de la convention collective.

2. De par ses conditions, la convention collective ne s'applique pas à elle en ce qui concerne un congédiement.

3. Son congédiement est une mesure disciplinaire infligée pour une faute reprochée à la réclamante.

4. Aucune faute n'a été prouvée et son congédiement n'est pas justifié dans les circonstances.

J'ordonne la réintégration de la réclamante à la date de son congédiement avec plein salaire et avantages rétroactivement.

Le Conseil du Trésor a demandé un bref de *certiorari* pour faire casser la sentence arbitrale et sa demande a été soumise à la Cour d'appel. La Cour d'appel a confirmé la sentence arbitrale mais en a cassé la partie qui ordonne au Conseil du Trésor de réintégrer l'intimée à la date de son congédiement avec plein salaire et avantages rétroactivement; elle a renvoyé l'affaire à l'arbitre pour qu'il évalue l'indemnité qu'il estime justifiée conformément aux motifs de jugement de la Cour d'appel.

Le Conseil du Trésor se pourvoit devant cette Cour sur autorisation et l'intimée forme un pourvoi incident contre la modification apportée par la Cour d'appel à la sentence arbitrale.

Les dispositions pertinentes de la *Loi* sont les suivantes:

65 Sous réserve de la présente loi et à ses fins, une convention collective lie l'employeur, l'agent négociateur qui y est partie ainsi que les associations qui sont des éléments constitutifs de cet agent négociateur, et les employés de l'unité de négociation pour laquelle l'agent négociateur a été accrédité, à compter du jour où elle prend effet conformément au paragraphe 64(1).

. . .

91 (1) Lorsqu'un employé s'estime lésé

(*a*) by the interpretation or application in respect of him of

(i) a provision of a statute, or a regulation, by-law, direction or other instrument made or issued by the employer, dealing with terms and conditions of employment, or

(ii) a provision of a collective agreement or an arbitral award; or

(*b*) as a result of any occurrence or matter affecting his terms and conditions of employment, other than a provision described in subparagraph (*a*)(i) or (ii), in respect of which no administrative procedure for redress is provided in or under an Act of the Legislature, he is entitled, subject to subsection (2), to present the grievance at each of the levels, up to and including the final level, in the grievance process provided for by this Act.

. . .

92 (1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

(*a*) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or

(*b*) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

. . .

96 (2) No adjudicator shall, in respect of any grievance, render any decision thereon the effect of which would be to require the amendment of a collective agreement or an arbitral award.

Both the adjudicator and the Court of Appeal were of the opinion that the collective agreement did not contain all of the terms and conditions governing the respondent's employment, but that the *Act* had created statutory rights in addition to those provided in the collective agreement. It was their view that, notwithstanding the right of the Treasury Board to dismiss a probationary employee without just cause, recognized by Article 10.01 of the collective agreement, subs. 92(1) of the *Act* required that just cause be shown where the dismissal was the result of disciplinary action.

The position taken by the Court of Appeal is stated in the following paragraph of the judgment:

a) par l'interprétation ou l'application à son égard

(i) d'une disposition d'une loi, d'un règlement, d'une instruction ou d'un autre document officiel établi ou émis par l'employeur, concernant des modalités ou conditions d'emploi, ou

(ii) d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale; ou

b) par suite d'un événement ou d'une chose influant sur les modalités et les conditions d'emploi, autre qu'une disposition figurant au sous-alinéa *a*)(i) ou (ii) et à propos de laquelle aucune procédure administrative de réparation n'est prévue aux termes ou en application d'une loi adoptée par la Législature, il a le droit, sous réserve du paragraphe (2), de présenter ce grief à chacun des paliers prévus par la procédure applicable aux griefs instituée par la présente loi, y compris le plus haut.

. . .

92 (1) Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne

a) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, ou

b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe (2), renvoyer ce grief à l'arbitrage.

. . .

96 (2) En ce qui concerne un grief, un arbitre ne doit pas rendre une décision qui aurait pour effet de nécessiter la modification d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale.

L'arbitre et la Cour d'appel sont tous deux d'avis que la convention collective ne contient pas toutes les modalités et conditions qui régissent l'emploi de l'intimée et que la *Loi* crée des droits qui s'ajoutent à ceux que confère la convention collective. A leur avis, nonobstant le droit du Conseil du Trésor de congédier un employé stagiaire sans juste cause, selon la clause 10.01 de la convention collective, le par. 92(1) de la *Loi* exige qu'on démontre une juste cause lorsque le congédiement découle d'une mesure disciplinaire.

La Cour d'appel a énoncé sa position dans l'alinéa suivant de son jugement:

I can find no merit in the contention of counsel that the collective agreement contains all the provisions relating to employment to the exclusion of the common law or statutory provisions applicable thereto. As stated in Re: Paasche (supra) the collective agreement does not provide that a probationary employee may be dismissed without cause but merely denies a right of grievance for a dismissal. The agreement is silent as to what cause, if any, must exist to justify the dismissal of a probationary employee. In such a case we must look to the common law right of dismissal and not to the agreement.

[TRADUCTION] La prétention de l'avocat voulant que la convention collective contienne toutes les dispositions relatives à l'emploi à l'exclusion de la *common law* ou des dispositions de la loi applicable est à mon avis dénuée de fondement. Comme l'énonce l'arrêt *Re: Paasche* (précité), la convention collective ne dispose pas qu'un employé stagiaire peut être congédié sans cause mais lui nie simplement le droit de présenter un grief relatif à son congédiement. La convention ne dit pas quelle raison, s'il en est, justifie le congédiement d'un employé stagiaire. En pareil cas, nous devons nous référer au droit du congédiement en *common law* et non à la convention.

With respect to the meaning and effect of the relevant provisions of the collective agreement, it is my opinion that the employer was entitled to terminate the respondent's employment without cause. At the time of the termination of her employment, the respondent was a probationary employee. The requirement contained in Article 10.01 for the employer to show just cause for the suspension or discharge of an employee applied only to an employee who had completed his probationary period. Article 22.01(e) goes on to provide that: "During the probationary period, employees shall be entitled to all rights and privileges of the Agreement, except with respect to discharge. The employment of such employees may be terminated at any time during the probationary period without recourse to the Grievance Procedure."

En ce qui concerne le sens et la portée des dispositions pertinentes de la convention collective, je suis d'avis que l'employeur avait le droit de mettre fin à l'emploi de l'intimée sans cause. Au moment où on a mis fin à son emploi, l'intimée était une employée stagiaire. La clause 10.01 selon laquelle l'employeur doit prouver une cause juste de suspension ou de congédiement, ne s'applique qu'à un employé dont le stage est terminé. La clause 22.01e) dispose de plus: [TRADUCTION] «Durant la période de stage, les employés bénéficient de tous les droits et privilèges prévus à la convention, sauf relativement au congédiement. L'emploi de ces employés peut prendre fin à n'importe quel moment de la période de stage sans recours à la procédure de règlement des griefs.»

The case of *Re Paasche*[2] to which reference is made in the passage from the judgment of the Court of Appeal above quoted, does not alter my opinion. The issue to be determined in that case was as to the power of the Chairman of the Public Service Labour Relations Board to enlarge the time for the presentation of a grievance. The Court of Appeal, in the course of the judgment, did consider the meaning of certain provisions of the collective agreement relating to probationary employees, but the wording of those provisions differed from the wording of Articles 10.01 and 22.01(e), and so it is unnecessary for me to express any opinion as to the Court's interpretation of the provisions which it was considering in that case.

L'arrêt *Re Paasche*[2] auquel renvoie le passage précité de l'arrêt de la Cour d'appel ne me fait pas changer d'avis. La question en litige dans cette affaire concernait le pouvoir du président de la Commission des relations de travail dans les services publics de prolonger le délai de présentation d'un grief. La Cour d'appel, dans sa décision, a bien examiné le sens de certaines dispositions de la convention collective relatives aux employés stagiaires, mais la formulation de ces dispositions était différente de celle des clauses 10.01 et 22.01e); il n'est donc pas nécessaire que je me prononce sur l'interprétation qu'a donnée la Cour des dispositions à l'étude dans cette affaire-là.

[2] (1979), 26 N.B.R. (2d) 199.

[2] (1979), 26 N.B.R. (2d) 199.

Section 65 of the *Act* provides that a collective agreement is "subject to and for the purposes of this Act" binding upon the employees in the bargaining unit. The respondent was therefore bound by the provisions of Articles 10.01 and 22.01(e) unless there can be found in the *Act* some provision which diminished their impact upon her. The adjudicator and the Court of Appeal founded their decisions in her favour upon para. (*b*) of subs. 92(1) of the *Act*, which they appear to interpret as providing her with substantive rights outside the provisions of the collective agreement.

For purposes of convenience, I will cite that subsection again:

> **92** (1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to
>
> (*a*) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or
>
> (*b*) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,
>
> and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

The adjudicator and the Court of Appeal were of the view that because the adjudicator found that the respondent's dismissal was a disciplinary action, the adjudicator, under para. (*b*), had power to adjudicate on the grievance and that he then had the right to determine whether or not the dismissal was justified.

In my opinion, ss. 91 and 92 of the *Act* do not purport to confer substantive rights upon employees in addition to their rights as defined in the collective agreement. They define the circumstances in which an employee who feels himself to be aggrieved may present his grievance at each level up to the final level in the grievance procedure (s. 91) and in which, after having presented his grievance up to that level, he may refer it to adjudication (s. 92). However, the grievance submitted must be determined in accordance with the provisions of the collective agreement.

In my opinion, since the employer had the right, under the provisions of the collective agreement, to terminate the respondent's employment without

L'article 65 de la *Loi* dispose qu'une convention collective «sous réserve de la présente loi et à ses fins» lie les employés de l'unité de négociation. L'intimée était par conséquent liée par les dispositions des clauses 10.01 et 22.01e), à moins que l'on ne trouve dans la *Loi* une disposition qui en atténue la portée à son égard. L'arbitre et la Cour d'appel ont fondé leurs décisions sur l'al. 92(1)*b*) de la *Loi*, qu'ils ont apparemment interprété de manière à conférer à l'intimée des droits qu'on ne retrouve pas dans les dispositions de la convention collective.

Pour plus de commodité, je cite de nouveau ce paragraphe:

> **92** (1) Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne
>
> *a*) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, ou
>
> *b*) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,
>
> et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe (2), renvoyer ce grief à l'arbitrage.

L'arbitre et la Cour d'appel ont estimé que, vu la conclusion de l'arbitre que le congédiement de l'intimée était une mesure disciplinaire, celui-ci avait compétence en vertu de l'al. *b*) sur le grief et avait donc le droit de décider si le congédiement était justifié.

A mon avis, les art. 91 et 92 de la *Loi* ne visent pas à conférer à des employés des droits qui s'ajoutent à ceux que leur reconnaît la convention collective. Ils définissent les cas dans lesquels un employé qui s'estime lésé peut présenter son grief aux différents paliers, y compris le plus haut, de la procédure applicable aux griefs (art. 91) et dans lesquels, lorsqu'il a porté son grief à ce palier, il peut le renvoyer à l'arbitrage (art. 92). On doit cependant statuer sur le grief soumis conformément aux dispositions de la convention collective.

A mon avis, puisqu'en vertu des dispositions de la convention collective, l'employeur a le droit de mettre fin à l'emploi de l'intimée sans fournir de

showing just cause, there was an error of law on the face of the record when the adjudicator decided that the respondent's grievance was established because the employer failed to establish fault on her part as a prerequisite for her dismissal.

By taking this course, the adjudicator put the respondent into the same position as that of an employee who has completed the probationary period and has become a permanent employee. A permanent employee, if suspended or discharged, is given, by Article 10.02, the express right to invoke the grievance procedure. A permanent employee who has presented a grievance up to the final level could invoke the adjudication procedure provided in subs. 92(1) of the *Act*, and the adjudicator could then review the matter and determine whether there was just cause for the suspension or discharge. The application of subs. 92(1) in such a situation was considered by this Court in *Heustis v. The New Brunswick Electric Power Commission*[3], at pp. 779-80.

In putting the respondent into the same position as that of a permanent employee, the adjudicator ignored the express provisions of Articles 10.01 and 22.01(e) of the collective agreement, since the provisions of Article 10 do not apply to probationary employees, and Article 22.01(e) enables the employer to terminate the employment of a probationary employee without recourse to the grievance procedure.

I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and quash the decision of the adjudicator. There should be no order as to costs.

Appeal allowed and cross-appeal dismissed.

Solicitor for the applicant, appellant: David M. Norman, Fredericton.

Solicitors for the respondents, respondents: Bryden, DiPaolo & Breen, Fredericton.

[3] [1979] 2 S.C.R. 768.

juste cause, il y a eu une erreur de droit apparente à la lecture du dossier lorsque l'arbitre a décidé que le grief de l'intimée était bien fondé étant donné que l'employeur n'avait pas démontré qu'elle avait commis une faute avant de la congédier.

En adoptant cette position, l'arbitre a mis l'intimée sur le même pied qu'un employé dont le stage est terminé et est devenu un employé titulaire. Un employé titulaire, s'il est suspendu ou congédié, a, en vertu de la clause 10.02, le droit exprès de recourir à la procédure de règlement des griefs. Un employé titulaire qui a porté un grief au plus haut palier pourrait avoir recours à la procédure d'arbitrage prévue au par. 92(1) de la *Loi*, et l'arbitre pourrait dans ce cas examiner la question et décider s'il y avait une juste cause de suspension ou de congédiement. Cette Cour a examiné l'application du par. 92(1) en pareil cas dans l'arrêt *Heustis c. La Commission d'énergie électrique du Nouveau-Brunswick*[3] aux pp. 779 et 780.

En mettant l'intimée sur le même pied qu'un employé titulaire, l'arbitre n'a pas tenu compte des dispositions expresses des clauses 10.01 et 22.01e) de la convention collective, puisque les dispositions de la clause 10 ne s'appliquent pas aux employés stagiaires, et que la clause 22.01e) autorise l'employeur à mettre fin à l'emploi d'un employé stagiaire sans que ce dernier puisse avoir recours à la procédure de règlement des griefs.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, de rejeter le pourvoi incident, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de casser la décision de l'arbitre. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi accueilli et pourvoi incident rejeté.

Procureur de la requérante, appelante: David M. Norman, Fredericton.

Procureurs des intimés, intimés: Bryden, DiPaolo & Breen, Fredericton.

[3] [1979] 2 R.C.S. 768.

Kathleen Cameron and Kimberly Cameron and Gordon H. Cameron, by their Guardian *ad litem*, the said Kathleen Cameron (*Plaintiffs*) *Appellants*;

and

The Excelsior Life Insurance Company (*Defendant*) *Respondent*.

1980: October 22, 23; 1981: February 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Trial — Jury — Jury's verdict set aside as perverse and unreasonable — Whether or not trial judge had exceeded his authority in rendering judgment inconsistent with the jury's verdict — Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2, s. 31(6)(c) — Rules of Court, Rule 34.09(4).

Appellants' action to enforce the "Double Indemnity Accident Rider" provision of a life insurance policy was dismissed by the trial judge despite the jury's finding. The insurance company had alleged that the insured, who died in a traffic accident, had been driving while legally impaired and therefore while committing a criminal offence contrary to the insurance policy's provision providing for double indemnity. The trial judge accepted the jury's finding that the death was accidental but set aside as perverse and unreasonable the conclusion that death had not occurred, in whole or in part, from the commission of a criminal offence. Notwithstanding changes effected in the Rules of Court, a majority of the Court of Appeal found the jury's verdict to have been properly set aside and rejected the argument that the trial judge had exceeded his authority in rendering judgment inconsistent with that verdict.

Held (Ritchie J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: Under the current *Judicature Act* and Rules, a trial judge sitting with a jury was required to enter judgment not inconsistent with the jury's findings. By relying on the trial judge's assessment of the evidence and endorsing his verdict, the Court of Appeal veered away from its proper function in reviewing a jury verdict—determining whether there was evidence upon which a jury

Kathleen Cameron et Kimberly Cameron et Gordon H. Cameron, représentés par leur curatrice *ad litem*, ladite Kathleen Cameron (*Demandeurs*) *Appelants*;

et

La Compagnie d'assurance-vie Excelsior (*Défenderesse*) *Intimée*.

1980: 22, 23 octobre; 1981: 3 février.

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

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

Procès — Jury — Verdict du jury infirmé, parce qu'inique et déraisonnable — Le juge de première instance a-t-il excédé ses pouvoirs en rendant un jugement incompatible avec le verdict du jury? — Judicature Act 1972 (N.-É.), chap. 2, art. 31(6)c) — Règles de la cour, art. 34.09(4).

L'action des appelants visant à faire appliquer un avenant de «double indemnité en cas de mort accidentelle» à une police d'assurance-vie a été rejetée par le juge de première instance en dépit des conclusions du jury. La compagnie d'assurance a allégué que l'assuré, qui est mort lors d'un accident de la circulation, conduisait pendant qu'il était en état d'ébriété au sens légal et par conséquent pendant qu'il commettait une infraction criminelle en contravention de la clause de double indemnité de la police d'assurance. Le juge de première instance a accepté les conclusions du jury que le décès était le résultat d'un accident mais a infirmé comme inique et déraisonnable la conclusion que le décès n'est pas le résultat, en totalité ou en partie, de la perpétration d'une infraction criminelle. Malgré les changements apportés aux Règles de la cour, la majorité en Cour d'appel a conclu que le verdict du jury avait été validement écarté et a rejeté l'argument que le juge de première instance avait excédé son pouvoir en rendant un jugement incompatible avec ce verdict.

Arrêt (le juge Ritchie est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Estey, McIntyre et Chouinard: Selon le texte actuel de la *Judicature Act* et des règles, un juge de première instance siégeant avec jury est tenu d'inscrire un jugement compatible avec les conclusions du jury. En s'appuyant sur l'évaluation de la preuve faite par le juge de première instance et en adoptant son verdict, la Cour d'appel s'est écartée de la fonction propre qu'elle doit remplir quand elle examine

could have properly reached its conclusion, unembarrassed by the contrary position of the trial judge. While not bound to yield automatic obedience to the jury's findings, the Court of Appeal, nevertheless owed them a degree of respect. The jury had not been unresponsive to the questions put to it and did not refuse to answer questions requiring an answer. It was open to the jury to conclude the evidence of impairment was not satisfactory, and to reject it. This was not a case calling for the Court of Appeal's interference with the jury's findings.

Of equal importance was causation: whether or not there was impairment, and if so, whether or not it resulted in the ensuing accident and death. Although both issues were "wrapped up" in the same question put to the jury, the jury's answer could be taken to cover either or both issues and was entitled to be regarded in as favourable a light as the evidence supporting it.

Per Ritchie J., *dissenting*: The trial judge was required to "give a judgment in the proceedings not inconsistent with the answers of the jury". The Court of Appeal, however, was not bound by any such rule and, in making the order appealed from, was exercising its power to make the order which it considered the appeal to require having regard to the evidence. The correct principles were applied in that Court's review both of the actions taken by the trial judge and of the jury's finding. The conclusion that Cameron was committing a criminal offence at the time of his death was not improbable and the evidence was overwhelmingly in favour of the defendant (respondent). In the absence of satisfactory reasons justifying the adoption of the extraordinary course of ignoring concurrent findings in reaching the result, no jury properly instructed and acting judicially could have given the answers given.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Nova Scotia[1], dismissing an appeal from a judgment of Hallett J. Appeal allowed.

Harold F. Jackson, Q.C., for the *plaintiffs*, appellants.

John M. Barker, for the *defendant*, respondent.

[1] (1979), 104 D.L.R. (3d) 706, (1979), 32 N.S.R. (2d) 668, (1979), 54 A.P.R. 668.

le verdict d'un jury, soit déterminer s'il y avait des éléments de preuve sur lesquels un jury pouvait raisonnablement fonder sa conclusion et le faire sans s'arrêter à la position contraire du juge de première instance. Même si la Cour d'appel n'est pas tenue de se conformer automatiquement aux conclusions du jury, elle lui doit toutefois un certain degré de respect. Il ne s'agit pas d'un cas où les réponses du jury ne correspondent pas aux questions posées ni d'un cas de refus du jury de répondre aux questions qui appelaient une réponse. Il était loisible au jury de conclure que la preuve d'ébriété était insuffisante et de la rejeter. Il ne s'agit pas ici d'une affaire où l'intervention de la Cour d'appel dans les conclusions du jury est justifiée.

Le lien de causalité a autant d'importance: l'ébriété, le cas échéant, est-elle la cause de l'accident et des décès qui sont survenus? Même si la question met en cause à la fois les deux points soumis au jury, la réponse du jury peut s'appliquer à l'un ou l'autre point ou aux deux et on doit la considérer sous un éclairage aussi favorable que les éléments de preuve qui l'appuient.

Le juge Ritchie, *dissident*: Le juge de première instance était tenu de «rendre sur l'action un jugement qui n'est pas incompatible avec les réponses du jury». Toutefois, la Cour d'appel n'est pas liée par cette règle et en rendant l'ordonnance qui fait l'objet du pourvoi, elle exerce le pouvoir qu'elle possède de rendre l'ordonnance que, selon elle, l'appel exige compte tenu de la preuve. Cette cour-là a appliqué les bons principes tant dans son examen de l'action du juge de première instance que des conclusions du jury. La conclusion que le décès de Cameron résulte de ce qu'il a perpétré une infraction criminelle n'est pas invraisemblable et la preuve est de façon écrasante favorable à la défenderesse (l'intimée). En l'absence d'arguments convaincants qui justifieraient l'adoption de la démarche extraordinaire de ne pas tenir compte de ces jugements concordants, aucun jury correctement instruit et agissant de façon judiciaire n'aurait pu donner les réponses données.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse[1], qui a rejeté un appel du jugement du juge Hallett. Pourvoi accueilli.

Harold F. Jackson, c.r., pour les *demandeurs*, appelants.

John M. Barker, pour la *défenderesse*, intimée.

[1] (1979), 104 D.L.R. (3d) 706, (1979), 32 N.S.R. (2d) 668, (1979), 54 A.P.R. 668.

The judgment of Laskin C.J. and Estey, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—I have had the advantage of reading the reasons prepared by my brother Ritchie and I agree with him that the changes in the Nova Scotia *Judicature Act*, 1972 (N.S.), c. 2 and in the Rules of Court, especially as reflected in s. 31(6)(c) of the Act and New Rule 34.09(4) which is in conformity with s. 31(6)(c), had the effect of limiting the power of a trial judge to enter judgment as he thinks right, notwithstanding the findings of a jury. As I read the present *Judicature Act* and the present Rules, and approving as I do the dissenting opinions of Hart and Jones JJ.A., a trial judge sitting with a jury is now required to enter judgment not inconsistent with the jury's findings.

This is not what the trial judge, Hallett J., did in the present case. He entered judgment in direct opposition to the jury's finding on the critical issues in the case. The jury was asked the following questions, numbered 1 and 2(a) and 2(b) and gave its answers as indicated under the questions:

1. Did the death of the late Gordon Herman Cameron result directly and independently of all other causes, from bodily injury caused solely by external, violent and accidental means? Answer Yes or No.

Answer: Yes.

2. (a) Did the death of the late Gordon Herman Cameron result, either directly or indirectly, in whole or part, from committing or attempting to commit a criminal offence? Answer Yes or No.

Answer: No.

2. (b) If your answer to questions number 2(a) is 'Yes' state what criminal offence or offences the late Gordon Herman Cameron was committing or attempting to commit.

Answer: N/A.

The majority of the Nova Scotia Court of Appeal, speaking through MacKeigan C.J.N.S., took the view, wrongly as I have said, that a trial judge sitting with a jury was still entitled, despite changes in the *Judicature Act* and in the Rules, to

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Estey, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE EN CHEF—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par mon collègue le juge Ritchie et je suis d'accord avec lui que les modifications apportées à la *Judicature Act* de la Nouvelle-Écosse, 1972 (N.-É.), chap. 2 et aux Règles de la cour, spécialement celles qui résultent de l'al. 31(6)c) de la Loi et la nouvelle règle 34.09(4) qui est conforme à l'al. 31(6)c), ont eu comme conséquence de limiter le pouvoir du juge de première instance d'inscrire le jugement qu'il estime juste, en dépit des conclusions du jury. Vu mon interprétation du texte actuel de la *Judicature Act* et des règles et mon accord avec les opinions dissidentes des juges Hart et Jones de la Cour d'appel, je conclus qu'un juge de première instance siégeant avec jury est maintenant tenu d'inscrire un jugement compatible avec les conclusions du jury.

Ce n'est pas ce que le juge Hallett a fait en première instance. Il a inscrit un jugement directement contraire aux conclusions du jury sur les points cruciaux du litige. Les questions suivantes, numérotées 1, 2a) et 2b) ont été posées au jury qui a donné les réponses indiquées:

[TRADUCTION] 1. Le décès de feu Gordon Herman Cameron est-il le résultat direct, à l'exclusion de toute autre cause, de blessures corporelles attribuables uniquement à des causes externes, violentes et accidentelles? Répondez oui ou non.

Réponse: Oui.

2. a) Le décès de feu Gordon Herman Cameron est-il le résultat direct ou indirect, en totalité ou en partie, de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction criminelle? Répondez oui ou non.

Réponse: Non.

2. b) Si votre réponse à la question 2a) est «Oui», précisez quelle infraction ou quelles infractions criminelles feu Gordon Herman Cameron était en train de commettre ou de tenter de commettre.

Réponse: Sans objet.

Par la voix du juge en chef MacKeigan, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse, à la majorité, a exprimé l'avis, à tort comme je l'ai dit, que malgré les changements apportés à la *Judicature Act* et aux règles, un juge de première instance siégeant

enter such judgment as he thinks right although it results in setting aside the findings of the jury. In taking this position, in endorsement of what Hallett J. decided, the Court of Appeal veered away from its proper function when called upon to review a jury verdict, namely, to see whether there was evidence upon which a jury could reasonably have reached its conclusion and to do so unembarrassed by the contrary position of the trial judge in entering a judgment which sweeps aside the jury's findings.

I agree, of course, that the changes in the *Judicature Act* and in the Rules did not affect the powers of the Court of Appeal. It certainly was not bound to yield automatic obedience to the jury's findings but, at the same time, the jury's findings were entitled to respect. As Jones J.A. noted in his dissenting reasons, there was no motion to dismiss the action for want of evidence. By leaving the case to the jury, the trial judge must have been of the opinion that there was evidence upon which it could come to a reasonable conclusion on the two central issues in the case, namely, did the deceased commit or attempt to commit a criminal offence and, second, did his death result directly or indirectly, in whole or in part, from such conduct. This is not a case where the jury's answers were not responsive to the questions put to it nor is it a case where it refused to answer questions that required an answer. Had that situation arisen, the judge would have been warranted in discharging the jury and might have obtained consent to proceed alone.

The Court of Appeal majority considered the evidence but it did not review it in the detail exhibited in the dissenting reasons of Hart J.A.. Detailed consideration is not an invariable requirement, but what is obvious here is that MacKeigan C.J.N.S. accepted the appraisal of Hallett J. Since it was not for the trial judge to veer from the findings of the jury, the reliance of the Court of Appeal on his assessment of the evidence was unfortunate.

avec jury a encore le droit d'inscrire le jugement qu'il estime juste bien que cela revienne à écarter les conclusions du jury. En adoptant cette position pour confirmer la décision du juge Hallett, la Cour d'appel s'est écartée de la fonction propre qu'elle doit remplir quand elle se prononce sur le verdict d'un jury, soit vérifier s'il y avait des éléments de preuve sur lesquels un jury pouvait raisonnablement fonder sa conclusion et le faire sans s'arrêter à la position contraire du juge de première instance qui a inscrit un jugement qui écarte les conclusions du jury.

Je suis bien sûr d'avis que les modifications apportées à la *Judicature Act* et aux règles n'ont pas entamé les pouvoirs de la Cour d'appel. Elle n'était certainement pas tenue de se conformer automatiquement aux conclusions du jury, mais, en même temps, celles-ci méritent d'être respectées. Comme le souligne le juge Jones dans ses motifs de dissidence, il n'y a pas eu de requête en rejet de l'action pour absence de preuve. En permettant au jury de se prononcer, le juge de première instance a sûrement été d'avis qu'il y avait des éléments de preuve permettant au jury d'en venir à une conclusion raisonnable sur les deux points centraux du litige, savoir, le défunt a-t-il commis ou tenté de commettre une infraction criminelle et, en second lieu, son décès est-il le résultat direct ou indirect, en totalité ou en partie, de ce comportement? Il ne s'agit pas d'une affaire où les réponses du jury ne correspondent pas aux questions posées ni d'un cas de refus du jury de répondre aux questions qui appelaient une réponse. Si tel avait été le cas, le juge aurait été justifié de renvoyer le jury et aurait pu, du consentement des parties, continuer le procès seul.

La majorité en Cour d'appel a étudié la preuve mais elle ne l'a pas passée au crible comme le font les motifs de dissidence du juge Hart. L'étude détaillée de la preuve n'est pas toujours nécessaire, mais il est manifeste en l'espèce que le juge en chef MacKeigan a accepté l'appréciation du juge Hallett. Puisqu'il n'appartenait pas au juge de première instance de s'écarter des conclusions du jury, il est malheureux que la Cour d'appel se soit fondée sur son évaluation de la preuve.

I do not propose to enter upon any extended consideration of the evidence because that has been adequately done by Hart J.A.. I do wish, however, to refer to what seems to have been the decisive factor in the conclusion that the deceased Cameron was guilty of a criminal offence, namely, the alcohol content in his blood. There was evidence that the blood sample offered in evidence as his blood showed a reading of 370 which, if true, would, as a probability, have meant that he could not possibly be fit to drive. There was also some evidence to indicate a mix-up of that sample, said to be of the blood of the deceased Cameron, with another sample which showed a reading of 70, that is, within the allowable limit. Furthermore, there was evidence that Cameron's driving, minutes before the accident, appeared normal, and that in conversation he appeared to be in good shape. As a result, it was open to the jury to conclude that the evidence of impairment was not satisfactory and to reject it.

Of equal importance was causation. If there was impairment, did it result in the ensuing accident and the deaths that occurred? The burden on both of these issues was on the insurer which was resisting the double indemnity coverage of the deceased Cameron's life insurance policy by relying on a limitation which would apply if death resulted, directly or indirectly, in whole or in part from committing, attempting or provoking an assault or criminal offence. Both the issue of impairment and the issue of causation were wrapped up in question 2(a), and I agree with Hart J.A. that it would have been better to have separated them for answer by the jury. As it was, the jury's answer "No" to question 2(a) could be taken to cover either or both issues. Jury's findings are, however, entitled to rational appreciation and to be regarded in as favourable a light as the evidence supporting it.

That there was evidence supporting a "No" answer to the question whether the accident resulted from alleged impairment is disclosed in the following summary in the reasons of Hart J.A.:

Je n'ai pas l'intention d'étudier la preuve en détail puisque le juge Hart l'a adéquatement fait. Je veux toutefois parler de ce qui paraît avoir été le facteur décisif de la conclusion que le défunt Cameron s'était rendu coupable d'une infraction criminelle, soit son alcoolémie. Il a été mis en preuve que l'échantillon de sang déposé en preuve comme celui du défunt donnait un résultat de 370 ce qui, si c'est exact, aurait signifié qu'il n'était indubitablement pas en état de conduire. En outre, des éléments de preuve indiquent qu'il y a eu confusion entre l'échantillon de sang qui aurait été celui de Cameron et un autre échantillon dont le résultat était de 70, ce qui est en deçà du maximum permis. Il a aussi été mis en preuve que la façon de conduire de Cameron quelques instants avant l'accident paraissait normale et que, d'après sa conversation, il paraissait en bonne forme. En conséquence, il était loisible au jury de conclure que la preuve d'ébriété était insuffisante et de la rejeter.

Le lien de causalité a autant d'importance. L'ébriété, le cas échéant, est-elle la cause de l'accident et des décès qui sont survenus? Le fardeau de la preuve sur ces deux points repose sur l'assureur qui cherche à se soustraire à la clause de double indemnité de la police d'assurance-vie de Cameron en invoquant l'exception applicable si le décès résulte, directement ou indirectement, en totalité ou en partie, de la perpétration, de la tentative de perpétration ou de la provocation de voies de fait ou d'une infraction criminelle. La question 2a) met en cause à la fois l'ébriété et le lien de causalité et je suis d'accord avec le juge Hart qu'il aurait été préférable de poser deux questions distinctes au jury. Vu la formulation de la question, on peut croire que la réponse négative donnée à la question 2a) s'applique à l'un ou l'autre point ou aux deux. Il faut cependant accorder aux conclusions du jury une appréciation logique et les considérer sous un éclairage aussi favorable que les éléments de preuve qui les appuient.

Le résumé qui suit, tiré des motifs du juge Hart, démontre la présence d'éléments de preuve qui justifiaient la réponse négative à la question de savoir si l'accident a résulté de l'état d'ébriété imputé:

Secondly, the jury could properly have reached the conclusion that the accident happened as a result of the sudden veering to the left of the truck rather than the theory of the defendant that placed the Cameron vehicle entirely on its wrong side of the road before the accident and required it to be returning to its own side of the road when it collided with the truck. The only thing certain about the evidence appears to be the slight angle at which the vehicles came in contact, which would be equally consistent with both theories as to how the accident could have happened. The jury had before them the evidence of several witnesses who all indicated that the accident scene was on the Cameron side of the road, and against this only the evidence of Constable Grimmer who said that the truck had not crossed the centre line before the impact. The jury had the opportunity of observing all of these witnesses and deciding which part of the evidence they would accept. In my opinion it is not for this Court to disagree with their findings when there is some evidence upon which they could have reached the conclusion that they did.

I agree with him that this was not a case that called for interference by a Court of Appeal with the findings of the jury.

In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Nova Scotia Court of Appeal and the judgment of Hallett J. and direct that judgment be entered for the appellants in accordance with the findings of the jury. The appellants are entitled to their costs throughout.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal brought with leave of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia from a judgment of that Court dismissing an appeal from the judgment given at trial by Mr. Justice Hallett sitting with a jury, whereby he had dismissed the action brought by the appellants to enforce the "Double Indemnity Accident Rider" provision of a $100,000 life insurance policy issued by the respondent on the life of Gordon H. Cameron, the husband of the appellant, Kathleen Cameron and father of the other appellants, who was killed in a head-on collision between his motor vehicle which was operated by him and an approaching truck.

[TRADUCTION] En second lieu, le jury a pu à bon droit conclure que l'accident s'est produit par suite du changement subit de direction du camion vers la gauche plutôt que d'accepter la théorie de la défenderesse qui place le véhicule de Cameron complètement dans la mauvaise voie avant l'accident et exige qu'il ait été en train de revenir dans sa voie quand il est entré en collision avec le camion. La seule chose certaine dans la preuve paraît être le léger angle des véhicules lorsqu'ils se sont heurtés, ce qui est compatible avec les deux théories sur la façon dont l'accident a pu se produire. Le jury a entendu les dépositions de plusieurs témoins qui ont tous indiqué que l'accident a eu lieu dans la voie de Cameron et, en sens contraire, le seul témoignage de l'agent Grimmer qui a dit que le camion n'avait pas traversé la ligne médiane avant le choc. Les membres du jury ont eu la possibilité d'observer tous ces témoins et de décider à quelle partie des témoignages ils accorderaient foi. A mon avis, il n'appartient pas à cette Cour de mettre leurs conclusions en doute quand il y a des éléments de preuve pour appuyer la conclusion à laquelle ils sont arrivés.

Je partage son avis qu'il ne s'agit pas ici d'une affaire où l'intervention d'une cour d'appel dans les conclusions du jury soit justifiée.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et le jugement du juge Hallett et d'ordonner que jugement soit inscrit en faveur des appelants conformément aux conclusions du jury. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Ce pourvoi, formé sur autorisation de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, attaque un arrêt de cette cour qui a rejeté l'appel d'un jugement rendu en première instance par le juge Hallett siégeant avec un jury. Ce jugement a rejeté l'action intentée par les appelants pour faire appliquer un avenant de «double indemnité en cas de mort accidentelle» à une police d'assurance-vie de $100,000 émise par l'intimée sur la vie de Gordon H. Cameron, mari de l'appelante Kathleen Cameron et père des deux autres appelants; celui-ci est décédé dans la collision frontale du véhicule automobile qu'il conduisait avec un camion circulant en sens inverse.

The respondent insurer paid the first $100,000 under the main provisions of the insurance policy but denied liability in respect of the double indemnity accident rider which was attached thereto on the dual grounds that:

> (i) the death of the life insured was not caused as the result of an accident, and
> (ii) that the death resulted either directly or indirectly from 'his driving a motor vehicle . . . having consumed alcohol in excess of the limitations provided by s. 236(1) of the *Criminal Code* and that he had therefore committed a criminal offence contrary to the provisions of that subsection at the time of the collision which resulted in his death'.

By the "Double Indemnity Accident Rider" the insurer agreed to pay an additional $100,000 upon receipt of satisfactory proof that the death of the life insured was caused solely by accident and which provided also that:

> The benefit provided by this rider will not apply if the life insured's death shall result either directly or indirectly, in whole or part from any of the following:
>
> 1. Suicide or self-inflicted injuries while sane or insane.
>
> 2. Committing, attempting or provoking an assault or criminal offense.

In due course, after a lengthy trial before Mr. Justice Hallett sitting with a jury, the following questions were put to the jury:

> 1. Did the death of the late Gordon Herman Cameron result directly and independently of all other causes, from bodily injury caused solely by external, violent and accidental means? Answer Yes or No.
>
> Answer: Yes.
>
> 2. (a) Did the death of the late Gordon Herman Cameron result, either directly or indirectly, in whole or part, from committing or attempting to commit a criminal offence? Answer Yes or No.
>
> Answer: No.

Following the jury's findings the appellants' counsel moved for judgment for $100,000 and costs to be taxed and the defendant's counsel

L'assureur intimé a versé les premiers $100,000 en vertu des clauses générales de la police d'assurance, mais a nié toute obligation en vertu de l'avenant de double indemnité pour mort accidentelle annexé à la police pour les deux motifs suivants:

> i) le décès de l'assuré n'est pas imputable à un accident, et
> ii) le décès est le résultat direct ou indirect «de la conduite d'un véhicule automobile par l'assuré . . . après avoir consommé de l'alcool en quantité supérieure à celle permise aux termes du par. 236(1) du *Code criminel* et, par conséquent, d'une infraction criminelle en contravention des dispositions dudit paragraphe au moment de la collision qui a occasionné son décès».

En vertu de l'avenant de double indemnité pour mort accidentelle, l'assureur avait convenu de verser une somme additionnelle de $100,000 sur réception d'une preuve satisfaisante attestant que le décès de l'assuré résultait uniquement d'un accident. L'avenant prévoit également ceci:

> [TRADUCTION] L'indemnité stipulée au présent avenant ne s'appliquera pas si le décès de l'assuré est le résultat direct ou indirect, en totalité ou en partie, de l'un des événements suivants:
>
> 1. Le suicide ou la mutilation volontaire de l'assuré, qu'il soit sain d'esprit ou non.
> 2. La perpétration, la tentative de perpétration ou la provocation de voies de fait ou d'une infraction criminelle.

Le moment venu, après un long procès présidé par le juge Hallett, siégeant avec un jury, les questions suivantes ont été soumises au jury:

> [TRADUCTION] 1. Le décès de feu Gordon Herman Cameron est-il le résultat direct, à l'exclusion de toute autre cause, de blessures corporelles attribuables uniquement à des causes externes, violentes et accidentelles? Répondez oui ou non.
>
> Réponse: Oui.
>
> 2. a) Le décès de feu Gordon Herman Cameron est-il le résultat direct ou indirect, en totalité ou en partie, de la perpétration ou de la tentative de perpétration d'une infraction criminelle? Répondez oui ou non.
>
> Réponse: Non.

Après les conclusions du jury, l'avocat des appelants a demandé que jugement soit rendu pour $100,000 et les dépens à être taxés et l'avocat de la

moved that the finding of the jury on question 2(a) be set aside as being perverse. After reserving his decision on this motion, the learned trial judge prepared and delivered written reasons for judgment in which he concluded that the finding on question 2(a) was so plainly unreasonable and unjust that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it and he accordingly set that finding aside saying:

> On a review of the whole of the evidence, I find that the death of Mr. Cameron resulted, either directly or indirectly, in whole or part from the commission of a criminal offence; namely, the offence of driving his motor vehicle with an alcohol content in his blood in excess of 80 milligrams of alcohol per 100 milliliters of blood, being an offence against s. 236(1) of the *Criminal Code* of Canada.

In conformity with this judgment the appellants' action was dismissed but in asserting an appeal to the Appeal Division it was argued that under the Rules of Court in the Province of Nova Scotia the trial judge was required to "give judgment in the action not inconsistent with the answers of the jury" and that Mr. Justice Hallett exceeded his authority in rendering a judgment which was clearly inconsistent with the answer to question 2(a).

It is clear that prior to the enactment of the *Judicature Act*, 1972 (N.S.), c. 2, a trial judge sitting with a jury was free to give judgment "as he thinks right" notwithstanding a contrary verdict having been rendered by the jury. This is made clear from the very comprehensive judgment of Cooper J.A., in *Silver's Garage Limited v. The Town of Bridgewater* which was affirmed in this Court[2] and also in the case of *Manuge v. Dominion Atlantic Railway*[3]. The *ratio decidendi* of the *Silver's Garage*[4] case is to be found in a judgment of Mr. Justice Cooper, where he said, at p. 164:

[2] [1971] S.C.R. 577.
[3] [1973] S.C.R. 232.
[4] (1969), 1 N.S.R. (2d) 161.

défenderesse a présenté une requête pour faire écarter la conclusion du jury quant à la question 2a) parce qu'elle était inique. Après avoir mis la requête en délibéré, le juge de première instance a rédigé des motifs de jugement dans lesquels il déclare que la conclusion sur la question 2a) est si manifestement déraisonnable et injuste qu'aucun jury qui aurait examiné la preuve dans son ensemble et agi de façon judiciaire n'aurait pu en arriver là. Il l'a en conséquence écartée en disant:

> [TRADUCTION] Après avoir étudié l'ensemble de la preuve, je conclus que le décès de M. Cameron est le résultat direct ou indirect, en totalité ou en partie, de la perpétration d'une infraction criminelle, savoir: l'infraction d'avoir conduit son véhicule automobile en ayant un taux d'alcoolémie qui dépasse 80 milligrammes d'alcool par 100 millilitres de sang, ce qui constitue une infraction visée au par. 236(1) du *Code criminel* du Canada.

Conformément à ce jugement, l'action des appelants a été rejetée, mais à l'appui de l'appel en Division d'appel, on a allégué qu'en vertu des Règles de la cour de la province de la Nouvelle-Écosse, le juge de première instance était tenu de [TRADUCTION] «rendre, sur l'action, un jugement qui n'est pas incompatible avec les réponses du jury» et que le juge Hallett avait outrepassé sa compétence en rendant un jugement nettement incompatible avec la réponse donnée à la question 2a).

Il est clair qu'avant l'adoption de la *Judicature Act*, 1972 (N.-É), chap. 2, un juge de première instance siégeant avec un jury pouvait rendre le jugement [TRADUCTION] «qu'il estim[ait] juste», même si le jury avait rendu un verdict en sens contraire. Cela ressort clairement de l'arrêt très élaboré rendu par le juge Cooper de la Cour d'appel dans *Silver's Garage Limited c. The Town of Bridgewater*, confirmé par cette Cour[2] et de l'arrêt *Manuge c. Dominion Atlantic Railway*[3]. La *ratio decidendi* de l'arrêt *Silver's Garage*[4] se trouve dans les motifs du juge Cooper, où il dit, à la p. 164:

[2] [1971] R.C.S. 577.
[3] [1973] R.C.S. 232.
[4] (1969), 1 N.S.R. (2d) 161.

I am of the opinion that the trial Judge could review the findings of the jury and give judgment for the Town if upon such review he came to the conclusion, as in fact he did, that the findings were such that no jury reviewing the evidence as a whole and acting reasonably could have reached.

Order XXXIV, rule 32 of the rules of the Supreme Court reads:

> "The judge shall, at or after trial, direct judgment to be entered as he thinks right, and no motion for judgment shall be necessary."

The trial Judge also referred to s. 42(6) of the *Judicature Act*, 1950. It provides, in part, that the judge, except in certain actions of which this is not one, may direct the jury to answer any questions of fact raised by the issues instead of directing the jury to give either a general or special verdict, that such questions may be stated to them by the judge and counsel may require the judge to direct the jury to answer any other questions raised by the issues or necessary to be answered by the jury to obtain a complete determination of all matters involved in the action. Clause (c) of s. 42(6) reads:

> "(c) The jury shall answer such questions, and shall not give any verdict, and the judge shall give a judgment in the action not inconsistent with the answers of the jury to such questions."

But the opening words of s. 42 are "Subject to rules of court". It is my view therefore that rule 32 of Order XXXIV and the relevant authorities cited by the trial Judge enabled him to take the course which he did.

This reasoning was adopted by the majority of the Appeal Division in finding that the verdict of the jury was properly set aside and therefore dismissing the appeal notwithstanding the changes effected in the Rules of Court at the time of the enactment of the *Judicature Act* on March 1, 1972.

I take it to be established that under *The Judicature Act*, 1950, which was in force at the time of the *Silver's Garage* case, a trial judge was free to direct "judgment to be entered as he thinks right", but the accident with which we are here concerned occurred in 1977 and the question raised by the present circumstances is whether the amendments effected by the 1972 statute so altered the rules applicable to trials with a jury

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le juge de première instance pouvait examiner les conclusions du jury et rendre jugement en faveur de la ville si cet examen l'amenait à conclure comme il l'a d'ailleurs fait, que les conclusions étaient telles qu'aucun jury ne pouvait raisonnablement rendre un tel verdict vu l'ensemble de la preuve.

L'ordonnance XXXIV, règle 32 des Règles de la Cour suprême énonce:

> «Le juge ordonne, pendant ou après le procès, d'inscrire le jugement qu'il estime juste, sans qu'il soit nécessaire de le demander par requête.»

Le juge de première instance a aussi cité le par. 42(6) de *The Judicature Act* de 1950. Celui-ci prévoit notamment que, sauf dans certaines actions dont celle-ci ne fait pas partie, le juge peut ordonner au jury de répondre à toutes questions de faits soulevées par le litige au lieu de lui ordonner de rendre un verdict général ou spécial, que le juge peut formuler ces questions à l'intention du jury et que les avocats peuvent demander au juge d'ordonner au jury de répondre à toutes autres questions soulevées par le litige ou qui appellent une réponse du jury pour arriver à une détermination complète de tous les sujets visés par l'action. L'alinéa 42(6)c) est ainsi rédigé:

> «c) Le jury répond à ces questions, mais ne rend aucun verdict et le juge rend, sur l'action, un jugement qui n'est pas incompatible avec les réponses du jury à ces questions.»

Cependant les premiers mots de l'art. 42 sont «Sous réserve des Règles de la cour». Je suis donc d'avis que la règle 32 de l'ordonnance XXXIV et la jurisprudence pertinente citée par le juge de première instance lui permettent d'adopter la ligne de conduite qu'il a prise.

La majorité en Cour d'appel a suivi ce raisonnement et conclu que le verdict du jury avait été validement écarté; elle a en conséquence rejeté l'appel malgré les changements apportés aux Règles de la cour au moment de l'adoption de la *Judicature Act* le 1er mars 1972.

Je considère comme établi qu'en vertu de *The Judicature Act* de 1950, qui était la loi en vigueur au moment de l'arrêt *Silver's Garage*, le juge de première instance avait la liberté de faire «inscrire le jugement qu'il estim[ait] juste», mais l'accident en l'espèce s'est produit en 1977 et la question qui se pose ici est de savoir si les modifications que la Loi de 1972 a apportées ont changé les règles applicables aux procès par jury de sorte que le juge

that the trial judge is now required to "give a judgment in the action not inconsistent with the answers of the jury".

Under the new Act the provisions of what was previously clause (*c*) of s. 42(6), which is referred to by Mr. Justice Cooper were continued unchanged as s. 31(6)(*c*) and have also been repeated in Rule 34.09(4) and the former Order XXXIV, Rule 32, cited above finds its counterpart in Rule 30.09 which is referrable to trials generally and which provides:

30.09 The court may, at or after the trial, direct judgment to be entered as it thinks right.

At the time of the *Silver's Garage* judgment it was correct to state that the phrase "subject to the Rules of Court" as it occurs in s. 42 was enough to support the argument that Order XXXIV, Rule 32, was paramount to the provisions of s. 42(6)(*c*) and that the trial judge was accordingly free to enter such judgment as he thought right notwithstanding the jury's findings, but under the new statute a new rule has been added to Rule 34 and as Rule 34.09(4) it reads, in part, as follows:

34.09 . . .

(4) The jury shall answer any question of fact without giving a verdict, and the court shall give a judgment in the proceeding not inconsistent with the answers of the jury.

The provisions of s. 43(2) of the 1972 *Judicature Act* provide that:

. . . the Civil Procedure Rules made by the Judges of the Supreme Court on the second day of December, 1971, a copy of which is deposited in the office of the Provincial Secretary are hereby ratified and confirmed and are declared to be the Civil Procedure Rules of the Supreme Court and shall have the force of law on and after the first of March, 1972 . . .

It thus appears to me that while the requirement for a judge to give judgment "not inconsistent with the answers of the jury" was subject to the Rules of Court and therefore to Order XXXIV, Rule 32, prior to 1972 that rule can no longer be accorded precedence because new Rule 34.09 is given the force of law by s. 43 of the new *Judicature Act*

de première instance est maintenant tenu de «rendre, sur l'action, un jugement qui n'est pas incompatible avec les réponses du jury».

En vertu de la nouvelle loi, les dispositions qui constituaient l'al. 42(6)*c*), cité par le juge Cooper, ont été reproduites sans changement sous l'al. 31(6)*c*) et répétées dans la règle 34.09(4). L'ancienne règle 32 de l'ordonnance XXXIV déjà citée trouve sa contrepartie dans la règle 30.09 qui se rapporte aux procès de façon générale:

[TRADUCTION] 30.09 La cour peut, pendant ou après le procès, ordonner d'inscrire le jugement qu'elle estime juste.

A l'époque de l'arrêt *Silver's Garage*, il était exact de dire que l'expression [TRADUCTION] «sous réserve des Règles de la cour» qui se trouve à l'art. 42 suffisait à fonder l'argument selon lequel la règle 32 de l'ordonnance XXXIV prévalait sur les dispositions de l'al. 42(6)*c*) et que le juge de première instance avait par conséquent la liberté d'inscrire le jugement qu'il estimait juste en dépit des conclusions du jury. Cependant, en vertu de la nouvelle loi, on a ajouté une nouvelle disposition à la règle 34, numérotée 34.09(4), dont voici un extrait:

[TRADUCTION] 34.09 . . .

(4) Le jury répond aux questions de fait sans rendre de verdict et la cour rend un jugement qui n'est pas incompatible avec les réponses du jury.

Le paragraphe 43(2) de la *Judicature Act* de 1972 dispose que:

[TRADUCTION] les Règles de procédure civile établies par les juges de la Cour suprême le 2 décembre 1971, dont copie a été déposée au bureau du Secrétaire de la province, sont par les présentes ratifiées et confirmées. Elles constituent les Règles de procédure civile de la Cour suprême et entrent en vigueur à compter du 1er mars 1972 . . .

D'après moi, il est donc manifeste que même si l'obligation qu'a un juge de rendre un jugement «qui n'est pas incompatible avec les réponses du jury» était subordonnée aux Règles de la cour, par conséquent, à la règle 32 de l'ordonnance XXXIV avant 1972, cette règle n'a plus valeur de précédent à cause de la nouvelle règle 34.09 qui est

and being a Rule of Court itself it can no longer be treated as subject to Rule 30.09.

I am accordingly in agreement with the dissenting view expressed by Mr. Justice Hart and Mr. Justice Jones that the trial judge in the present case was required by Rule 34.09 to "give a judgment in the proceedings not inconsistent with the answers of the jury". I am however of opinion that the Appeal Division was not bound by any such rule. If it were otherwise it would mean that the jury's answers were immutable and immune from review in any court whereas all the judges in the Appeal Division in the present case engaged in an extensive review of the evidence and of the jury's conclusions notwithstanding the dissenting view that Rule 34.09 was binding on the trial judge. The authority to exercise this appellate jurisdiction does not appear to have been seriously questioned.

Provision is made for appeals to the Appellate Division by s. 35(1) of the *Judicature Act* of Nova Scotia (1972) in the following terms:

> 35 (1) Except where it is otherwise provided by any enactment, an appeal lies to the Appeal Division from any decision, verdict, judgment or order of the Trial Division or a Judge thereof whether in Court or in Chambers.

In the course of his dissenting reasons for judgment in the Appeal Division, Mr. Justice Hart observed:

> It is further contended in this appeal that if the trial judge did not have the authority to set aside the findings of the jury as being perverse that this Court should do so. By Rule 62.23(1)(b) the Appeal Division has power to 'draw inferences of fact and give any judgment, allow any amendment, or make any order which might have been made by the court appealed from *or which the appeal may require*'. [The italics are my own.]

I agree with this contention and conclude that in making the order appealed from in this case the Appeal Division was exercising its power to make

devenue applicable en vertu de l'art. 43 de la nouvelle loi, la *Judicature Act*, et ne peut plus être considérée comme subordonnée à la règle 30.09 puisqu'elle est devenue elle-même une règle de la cour.

Je partage donc l'opinion dissidente exprimée par les juges Hart et Jones que le juge de première instance en l'espèce était tenu, en vertu de la règle 34.09, de «rendre, sur l'action, un jugement qui n'est pas incompatible avec les réponses du jury». Je suis cependant d'avis que la Division d'appel n'était pas liée par cette règle. Autrement cela signifierait que les réponses du jury sont immuables et à l'abri de la révision de quelque tribunal que ce soit, alors que tous les juges de la Division d'appel ont procédé en l'espèce à un examen minutieux de la preuve et des conclusions du jury, en dépit de l'opinion dissidente que la règle 34.09 liait le juge de première instance. Le droit d'exercer cette compétence d'appel ne paraît pas avoir été sérieusement contesté.

Le paragraphe 35(1) de la *Judicature Act* de la Nouvelle-Écosse de 1972 prévoit la possibilité d'appel à la Division d'appel dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] 35 (1) Sauf si une disposition législative prévoit le contraire, il y a appel à la Division d'appel de tout jugement, verdict, décision ou ordonnance rendu par la division de première instance ou l'un de ses juges en audience ou en chambre.

Dans ses motifs de dissidence en Division d'appel, le juge Hart souligne:

> [TRADUCTION] On a aussi soutenu au cours du présent appel que si le juge de première instance n'avait pas le pouvoir d'écarter les conclusions du jury pour le motif qu'elles sont iniques, cette Cour devait le faire. En vertu de la règle 62.23(1)b), la Division d'appel a compétence pour «tirer des conclusions sur les faits et rendre tout jugement, autoriser toute modification ou rendre toute ordonnance que le tribunal dont la décision est en appel aurait pu rendre *ou que l'appel peut exiger*. (Les italiques sont de moi).

J'accepte cet argument et je conclus qu'en rendant l'ordonnance qui fait l'objet du pourvoi, la Division d'appel exerçait le pouvoir qu'elle possède de

the order which it considered the appeal to "require" having regard to the evidence.

I think it must be recognized that this is not in the true sense an appeal from the verdict of a jury, but rather an appeal from the conclusions reached by a trial judge and expressed in lengthy reasons for judgment. We are thus concerned with different findings of fact on almost all the vital elements of this case; the one made by the jury and the other by the learned trial judge.

The parties to this appeal are agreed that the following are the issues before this Court:

1. Did the Learned Trial Judge under the new Civil Procedure Rules of Nova Scotia have power to give judgment inconsistent with the answers of the Jury and set aside the Jury finding?

2. If a Trial Judge has power to give judgment inconsistent with the answers of the Jury did the Learned Trial Judge in the case at bar apply correct principles in his review of the Jury finding and in turn did the Court of Appeal apply correct principles in its review of both the action taken by the Learned Trial Judge and its review of the jury finding?

3. Apart from 1 and 2 herein was there evidence upon which the Jury finding can be supported?

As I have indicated, I take the view that the learned trial judge did not have power to give judgment inconsistent with the findings of the jury, that no such restriction was binding on the Appeal Division and that it therefore becomes necessary to consider whether that Court applied "correct principles in its review of both the action taken by the learned trial judge and its review of the jury's finding".

The principles to be applied by the Appeal Division are described by Mr. Justice de Grandpré in *Vancouver-Fraser Park District v. Olmstead*[5], at pp. 836-9 where he says at p. 838:

[5] [1975] 2 S.C.R. 831.

rendre l'ordonnance que, selon elle, l'appel «exige» compte tenu de la preuve.

Je crois qu'il faut reconnaître qu'il ne s'agit pas véritablement d'un pourvoi contre le verdict d'un jury, mais plutôt d'un pourvoi contre les conclusions qu'un juge de première instance a exposées dans des motifs de jugement élaborés. Il faut donc examiner les conclusions de fait différentes sur presque tous les éléments critiques de l'affaire, celles du jury d'une part et celles du juge de première instance de l'autre.

Les parties au présent pourvoi ont convenu que les questions suivantes constituent le fond du litige soumis à cette Cour:

[TRADUCTION] 1. Le savant juge de première instance avait-il, en vertu des nouvelles règles de procédure civile de la Nouvelle-Écosse, le pouvoir de rendre un jugement incompatible avec les réponses du jury et d'écarter les conclusions du jury?

2. Si un juge de première instance a le pouvoir de rendre un jugement incompatible avec les réponses du jury, le savant juge de première instance a-t-il appliqué, en l'espèce, les bons principes dans son examen de la conclusion du jury et la Cour d'appel, par la suite, a-t-elle appliqué les bons principes à la fois dans son examen de l'action du juge de première instance et de la conclusion du jury?

3. Indépendamment des questions 1 et 2 ci-dessus, y a-t-il des éléments de preuve qui justifient les conclusions du jury?

Comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis que le savant juge de première instance n'avait pas le pouvoir de rendre un jugement incompatible avec les conclusions du jury, qu'aucune restriction de ce genre ne lie la Division d'appel et qu'en conséquence il est nécessaire de se demander si la Cour d'appel a appliqué «les bons principes à la fois dans son examen de l'action du juge de première instance et de la conclusion du jury».

Les principes que la Division d'appel devait appliquer sont énoncés par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Vancouver-Fraser Park District c. Olmstead*[5], aux pp. 836 à 839, où il dit à la p. 838:

[5] [1975] 2 R.C.S. 831.

Of course, the principle has been repeated in many judgments of this Court and it is sufficient at this time to refer to one other case, namely the classic decision of *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341, where Duff C.J. stated the rule that "the verdict of a jury will not be set aside as against the weight of evidence unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it".

The approach adopted by the Appeal Division in this case is well summarized in the reasons for judgment of Chief Justice MacKeigan where he said:

We as an appeal court must review the entire evidence and Mr. Justice Hallett's decision, with proper respect for any findings of specific fact or credibility made by him, and with careful regard to the many points advanced by counsel for the appellant. We must consider whether we also are compelled to the same overall inference and conclusion, namely, that the verdict was, using Chief Justice Duff's words, 'so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it'.

I have reviewed this case with care. I am unable to detect any reversible error in Mr. Justice Hallett's comprehensive decision. I agree with him that the evidence 'was overwhelmingly in favour of the defendant', that the verdict was plainly unreasonable and unjust, and that the jury did not act judicially in reaching it.

As to the third question, I think it must be accepted that if the finding of the jury is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it, then it cannot be said that there was evidence upon which the jury finding could be supported.

The burden resting on the respondent in the present case was to satisfy the Court on the balance of probabilities that Cameron's death resulted from his committing a criminal offence. It is true that there were some items in the evidence which if believed by the jury might sustain a verdict in the appellants' favour, but it is the

Évidemment, le principe a été repris dans plusieurs décisions de cette Cour et, pour le moment, il sera suffisant de mentionner une autre affaire, soit l'arrêt classique *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341, où le juge en chef Duff a énoncé la règle que [TRADUCTION] «il n'y a pas lieu d'écarter le verdict d'un jury comme allant à l'encontre du poids de la preuve à moins qu'il ne soit nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre la Cour qu'aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict».

L'extrait suivant des motifs du juge en chef MacKeigan résume bien la démarche adoptée par la Division d'appel en l'espèce:

[TRADUCTION] Nous devons, en tant que cour d'appel, examiner toute la preuve et la décision du juge Hallett, avec tous les égards voulus pour les conclusions auxquelles il est arrivé sur des faits précis ou sur la crédibilité et avec une considération attentive des nombreux arguments présentés par l'avocat de l'appelante. Nous devons nous demander si nous en venons aussi aux mêmes constatations générales et aux mêmes conclusions, soit selon les mots du juge en chef Duff, que le verdict était «nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre la Cour qu'aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict».

J'ai étudié l'affaire avec soin. Je ne puis déceler dans la décision élaborée du juge Hallett aucune erreur donnant lieu à révision. Je suis d'accord avec lui que la preuve est de façon écrasante favorable à la défenderesse, que le verdict était manifestement déraisonnable et injuste et que le jury n'a pas agi de façon judiciaire pour le rendre.

Quant à la question 3, j'estime qu'il faut admettre que si la conclusion du jury était déraisonnable et injuste au point de convaincre la Cour qu'aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n'aurait pu rendre ce verdict, on ne peut dire qu'il y ait eu des éléments de preuve qui appuient la conclusion du jury.

Il incombe à l'intimée en l'espèce de convaincre la Cour que, selon la prépondérance des probabilités, le décès de Cameron résulte de ce qu'il a perpétré une infraction criminelle. Il y a certes des éléments dans la preuve qui pouvaient permettre au jury, si ce dernier y ajoutait foi, de rendre un verdict en faveur des appelants, mais, en l'espèce,

evidence as a whole which has to be considered here and the uncontradicted evidence that Cameron's alcoholic blood count was 370 while operating his motor vehicle, whereas 80 is the maximum permitted under s.236(1) of the *Criminal Code*, when taken in conjunction with the evidence of two witnesses who described his condition as consistent with his having been consuming alcohol immediately before he entered his car, which evidence is also uncontradicted, cast such a dark shadow over the whole of the proceedings as to satisfy me that it is more than probable that he was in breach of s. 236(1) of the *Criminal Code* and therefore committing a criminal offence when he came to his death. It certainly cannot be said in my view that such a conclusion is improbable and having regard to the standard of proof required under the present circumstances, I am, like the Appeal Division, satisfied that the evidence "was overwhelmingly in favour of the defendant" (respondent).

As will be seen, I am of opinion that the Appeal Division applied the correct principle in its review of both the action taken by the trial judge and of the jury's finding.

Moreover, as I have said, it is to be borne in mind that this appeal to the Appeal Division was from the reasons for judgment of the trial judge rather than from the answers or verdict of the jury and it will be seen that in reaching his conclusion Chief Justice MacKeigan, on behalf of the Appeal Division, gave "proper respect to any specific findings of fact or credibility" made by Hallett J. at the trial.

The conclusion reached by the Appeal Division rested upon a pure finding of fact and indeed having regard to the fact that that Court based its determination in such large degree upon its concurrence with the judge who presided at the trial, I think it can be said that, in a very real sense, there were concurrent findings of fact supporting the conclusion reached by Chief Justice MacKeigan. No reason has been advanced to satisfy me that there is any justification for adopting the extraordinary course of ignoring such concurrent findings in reaching the result which they so clearly

il faut considérer la preuve dans son ensemble. La preuve non contredite que Cameron conduisait son véhicule automobile alors que son taux d'alcoolémie était de 370, tandis que 80 est le maximum permis en vertu du par. 236(1) du *Code criminel*, ajoutée aux dépositions de deux témoins qui ont donné de son état une description compatible avec le fait qu'il avait consommé de l'alcool immédiatement avant de monter dans sa voiture, dépositions qui n'ont pas été contredites non plus, jettent une note tellement sombre sur l'ensemble de l'affaire que je suis convaincu qu'il est plus que probable qu'il enfreignait le par. 236(1) du *Code criminel* et que, par conséquent, il était en train de commettre une infraction criminelle au moment de son décès. On ne peut certainement pas affirmer, à mon avis, qu'une telle conclusion est invraisemblable et, compte tenu du degré de preuve requis en l'espèce, je suis convaincu, comme la Division d'appel, que la preuve «est de façon écrasante favorable à la défenderesse» (l'intimée).

Je suis par conséquent d'avis que la Division d'appel a appliqué le bon principe dans son examen tant de la conduite du juge de première instance que des conclusions du jury.

De plus, comme je l'ai signalé, il ne faut pas oublier que l'appel interjeté à la Division d'appel en l'espèce attaquait les motifs de jugement du juge de première instance plutôt que les réponses ou le verdict du jury et on peut constater qu'en rendant sa décision au nom de la Division d'appel, le juge en chef MacKeigan a accordé «tous les égards voulus aux conclusions auxquelles [le juge Hallett en première instance] est arrivé sur des faits précis ou sur la crédibilité».

La conclusion à laquelle est arrivée la Division d'appel repose sur une pure constatation de fait et, compte tenu du fait que cette cour-là s'est fortement appuyée sur sa similitude de vue avec le juge qui a présidé au procès, je crois qu'on peut dire, dans le sens littéral, qu'il y a eu jugements concordants sur les faits qui ont déterminé la conclusion du juge en chef MacKeigan. On n'a pas avancé d'arguments qui me convainquent que je serais justifié d'adopter la démarche extraordinaire de ne pas tenir compte de ces jugements concordants en me prononçant dans le sens qu'ils indiquent d'une

indicated and I am accordingly of opinion that no jury properly instructed and acting judicially could have given the answer which was given in the present case to question 2(a) and I would accordingly dismiss this appeal with costs.

The reasons for judgment of Mr. Justice Hallett are now conveniently reported in (1978), 88 D.L.R. (3d) 39, and those of the Appeal Division similarly reported in (1979), 32 N.S.R. (2d) 668.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the plaintiffs, appellants: Harold F. Jackson, Halifax.

Solicitor for the defendant, respondent: Michael S. Ryan, Halifax.

manière aussi manifeste. Je suis donc d'avis qu'aucun jury correctement instruit et agissant de façon judiciaire n'aurait pu donner les réponses données en l'espèce à la question 2a) et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs de jugement du juge Hallett sont maintenant publiés à (1978), 88 D.L.R. (3d) 39 et ceux de la Division d'appel sont également publiés à (1979), 32 N.S.R. (2d) 668.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur des demandeurs, appelants: Harold F. Jackson, Halifax.

Procureur de la défenderesse, intimée: Michael S. Ryan, Halifax.

Robert Fulton, Carl Friesz and Lance Wheeler *Appellants*;

and

Energy Resources Conservation Board and Calgary Power Ltd. *Respondents*;

and

The Attorney General of Alberta, the Attorney General of Canada, the Attorney General of Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General of Newfoundland *Interveners.*

1980: November 24; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Constitutional law — Jurisdiction — Application by power company for approval by provincial board of construction of transmission line within province to point near provincial border — Connection to power system of another province proposed — Whether or not the project a work or undertaking connecting the provinces and therefore within area of exclusive federal legislative competence — British North America Act, s. 92(10)(a) — The Hydro and Electric Energy Act, 1971 (Alta.), c. 49, ss. 14(2)(b), 14(2.1).

This appeal concerned a constitutional question engaging s. 92(10)(*a*) of the *British North America Act*. Calgary Power Ltd. applied under Alberta's *Hydro and Electric Energy Act* to the Alberta Energy Resources Conservation Board for approval of the construction and operation of an electrical transmission line to a point near the Alberta-British Columbia border where it would interconnect with one to be built in British Columbia. The application was opposed by landowners in the area of the project and, unless the Board had the jurisdiction to entertain and act upon the application, the expropriations necessary to the project could not be realized. No federal regulatory agency embraced the situation. Respondent company did not challenge Parliament's regulatory power, at least at the point of interconnection, should Parliament choose to act. Further,

Robert Fulton, Carl Friesz et Lance Wheeler *Appelants*;

et

Energy Resources Conservation Board et Calgary Power Ltd. *Intimées*;

et

Le procureur général de l'Alberta, le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général du Manitoba et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants.*

1980: le 24 novembre; 1981: le 27 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Compétence — Demande d'une compagnie d'électricité visant à obtenir d'une commission provinciale l'autorisation de construire une ligne de transmission dans la province jusqu'à un point situé près de la frontière de la province — Projet de raccordement au réseau électrique d'une autre province — Le projet est-il un ouvrage ou une entreprise reliant des provinces et par conséquent relevant de la compétence législative exclusive du fédéral? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 92(10)a) — The Hydro and Electric Energy Act, 1971 (Alta), chap. 49, art. 14(2)(b), 14(2.1).

Le pourvoi porte sur une question constitutionnelle et met en jeu l'al. 92(10)*a*) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Calgary Power Ltd. a demandé, en vertu de *The Hydro and Electric Energy Act* de l'Alberta, à l'Alberta Energy Resources Conservation Board, la permission de construire et d'exploiter une ligne de transport d'électricité jusqu'à un endroit près de la frontière entre l'Alberta et la Colombie-Britannique où la ligne serait reliée à une ligne à construire en Colombie-Britannique. Des fermiers et des propriétaires terriens de la région en cause se sont opposés à la demande et, à moins que la Commission n'ait compétence pour connaître de la demande et y donner suite, il sera impossible de procéder aux expropriations nécessaires pour permettre la construction de l'ouvrage. Aucun pouvoir de réglementation fédérale n'englobe la situa-

the Alberta Energy Resources Conservation Board did not purport to exercise any regulatory control over the relations between respondent and B.C. Hydro under their agreement.

Appellants appealed from a decision of the Alberta Court of Appeal confirming the Board's assertion of jurisdiction, contending that the application was one to approve and permit an undertaking within exclusive federal legislative authority by reason of the contemplated interprovincial connection.

Held: The appeal should be dismissed.

An electrical distribution system could competently be within s. 92(10)(*a*). In the absence of federal legislation, the provincial legislature's authorization of a provincial statutory board to entertain applications for the construction of intraprovincial facilities and to empower an applicant to connect its local facilities with those of an agency in an adjoining province but without presuming to regulate the interconnection fell within the provincial authorization in relation to local works and undertakings. There was no operative federal legislation to underscore federal exclusiveness or to support federal paramountcy. Although exclusiveness could arise even in the absence of federal legislation, the present situation did not provide a basis for its assertion. There was no single promoter in a position to effect on his own an interprovincial connection and the proposed works in Alberta, ninety-nine per cent of whose output was to be delivered to customers within the Province, could properly be regarded as local or intraprovincial for the purposes of the application that was before the Energy Resources Board.

The prospect of a federal legislative interest when an interconnection was made with the facilities in British Columbia was not enough to bring this case within s. 92(10)(*a*) when there was no applicable federal legislation. The decision of the Board, in so far as it approved interconnection with British Columbia facilities, was merely permissive. The application was merely to enable Calgary Power Ltd. to reap the benefits of interconnection when made, as it saw fit, with the Board, for the present, being asked to approve the construction and operation of facilities wholly within Alberta.

Quebec Railway Light & Power Co. v. Beauport, [1945] S.C.R. 16, considered; *Hewson v. Ontario Power*

tion. La compagnie intimée ne conteste pas le pouvoir de réglementation du Parlement, du moins en ce qui concerne les interconnexions, si le Parlement décidait d'agir. L'Alberta Energy Resources Conservation Board ne paraît pas vouloir exercer un contrôle, par voie de réglementation, sur les relations nées de la convention entre l'intimée et B.C. Hydro.

Les appelants attaquent l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui confirme la déclaration de compétence de la Commission en soutenant que la demande vise à faire approuver et autoriser une entreprise qui relève exclusivement du pouvoir législatif fédéral en raison des interconnexions interprovinciales prévues.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Un réseau de distribution d'électricité peut entrer dans la catégorie visée par l'al. 92(10)*a*). En l'absence d'une loi fédérale, l'autorisation accordée par la législature provinciale à un organisme créé par une loi provinciale de connaître des demandes visant la construction d'installation intraprovinciales et d'autoriser un requérant à relier ses installations locales à celles d'un organisme d'une province adjacente, mais sans présumer réglementer l'interconnexion, relève du pouvoir provincial sur les ouvrages et entreprises d'une nature locale. Il n'y a pas de loi fédérale en vigueur qui sous-tende le pouvoir exclusif du fédéral ou qui appuie la suprématie fédérale. Bien qu'il puisse y avoir exclusivité même en l'absence d'une loi fédérale, la situation en l'espèce ne permet pas de conclure à son existence. Il n'y a pas de promoteur unique qui peut à lui seul faire un raccordement interprovincial et on peut à bon droit considérer les ouvrages envisagés en Alberta, dont quatre-vingt-dix-neuf pour cent de la production est destinée à des clients à l'intérieur de la province, comme des ouvrages de nature locale aux fins de la demande présentée à l'Energy Resources Conservation Board.

La perspective d'un intérêt législatif fédéral lorsqu'une interconnexion sera réalisée avec des installations en Colombie-Britannique ne suffit pas pour que cette affaire relève de l'al. 92(10)*a*) puisqu'il n'y a pas de loi fédérale applicable. Dans la mesure où la décision de la Commission approuve l'interconnexion avec les installations de la Colombie-Britannique, elle est purement facultative. La demande vise à permettre à Calgary Power Ltd. de tirer profit de l'interconnexion lorsqu'elle sera faite, comme elle le désirera, mais pour l'instant on demande à la Commission d'approuver la construction et l'exploitation d'installations qui sont entièrement situées en Alberta.

Jurisprudence: arrêt examiné: *Quebec Railway Light & Power Co. c. Beauport*, [1945] R.C.S. 16; distinction

Company of Niagara Falls (1905), 36 S.C.R. 596; *Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] S.C.R. 207; *Saskatchewan Power Corp. et al. v. TransCanada Pipelines Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 297; *Kootenay and Elk Railway Company and Burlington Northern, Inc. v. Canadian Pacific Railway Company*, [1974] S.C.R. 955; *Ottawa Valley Power Co. v. Attorney-General of Ontario et al.*, [1936] 4 D.L.R. 594; *Luscar Collieries, Limited v. McDonald and Others*, [1927] A.C. 925; *Attorney-General of Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541, distinguished; *Toronto v. Bell Telephone Co.*, [1905] A.C. 52, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta[1], confirming the jurisdiction asserted by the Alberta Energy Resources Conservation Board. Appeal dismissed.

L. M. Sali and *A. S. Hollingworth*, for the appellants.

Michael J. Bruni, for the respondent Energy Resources Conservation Board.

D. O. Sabey, Q.C., and *H. M. Kay*, for the respondent Calgary Power Ltd.

William Henkel, Q.C., for the Attorney General of Alberta.

T. B. Smith, Q.C., for the Attorney General of Canada.

John Cavarzan, Q.C., for the Attorney General of Ontario.

Henri Brun and *André Beaulieu*, for the Attorney General of Quebec.

Alan D. Reid and *Bruce Judah*, for the Attorney General of New Brunswick.

E. Robert A. Edwards, for the Attorney General of British Columbia.

N. D. Shende and *R. Perozzo*, for the Attorney General of Manitoba.

James A. Nesbitt, Q.C., for the Attorney General of Newfoundland.

[1] (1980), 109 D.L.R. (3d) 189, [1980] 3 W.W.R. 176, (1980), 19 A.R. 616.

faite avec les arrêts: *Hewson c. Ontario Power Company of Niagara Falls* (1905), 36 R.C.S. 596; *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*, [1954] R.C.S. 207; *Saskatchewan Power Corp. et autre c. TransCanada Pipelines Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 297; *Kootenay et Elk Railway Company et Burlington Northern, Inc. c. Compagnie du Chemin de Fer Canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 955; *Ottawa Valley Power Co. v. Attorney-General of Ontario et al.*, [1936] 4 D.L.R. 594; *Luscar Collieries, Limited v. McDonald and Others*, [1927] A.C. 925; *Attorney-General of Ontario v. Winner*, [1954] A.C. 541; arrêt mentionné: *Toronto v. Bell Telephone Co.*, [1905] A.C. 52.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], confirmant la déclaration de compétence de l'Alberta Energy Resources Conservation Board. Pourvoi rejeté.

L. M. Sali et *A. S. Hollingworth*, pour les appelants.

Michael J. Bruni, pour l'intimée Energy Resources Conservation Board.

D. O. Sabey, c.r., et *H. M. Kay*, pour l'intimée Calgary Power Ltd.

William Henkel, c.r., pour le procureur général de l'Alberta.

T. B. Smith, c.r., pour le procureur général du Canada.

John Cavarzan, c.r., pour le procureur général de l'Ontario.

Henri Brun et *André Beaulieu*, pour le procureur général du Québec.

Alan D. Reid et *Bruce Judah*, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

E. Robert A. Edwards, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

N. D. Shende et *R. Perozzo*, pour le procureur général du Manitoba.

James A. Nesbitt, c.r., pour le procureur général de Terre-Neuve.

[1] (1980), 109 D.L.R. (3d) 189, [1980] 3 W.W.R. 176, (1980), 19 A.R. 616.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal from a judgment of the Alberta Court of Appeal dated January 22, 1980, is here by leave of this Court given on April 22, 1980, and concerns a constitutional question which in an amended form, fixed by an order of September 8, 1980, reads as follows:

Does the Province of Alberta have constitutional power to authorize its Energy Resources Conservation Board to entertain an application authorizing the construction and operation of transmission lines intended to interconnect or tie in with electrical facilities operated in another Province and to serve any or all of the following purposes, as set out in the Agreed Statement of Facts:

(I) to provide generation capacity reserve;

(II) mutual assistance for emergencies in either system;

(III) mutual overall operating economies by energy-capacity interchange;

(IV) sale or exchange of surplus power or energy between Alberta and British Columbia;

(V) mutual assistance in meeting reserve and reliability requirements;

(VI) 500 kV back-up transmission in Alberta and British Columbia;

(VII) to allow for the export of electrical power to the United States of America;

(VIII) to form part of a 500 kV Transmission Network within Alberta.

The issues in this case engage s. 92(10)(*a*) of the *British North America Act* and arise out of an application to the Alberta Energy Resources Conservation Board by the respondent Calgary Power Ltd., a federally incorporated company, for certain permits. The application, made on December 12, 1978, under *The Hydro and Electric Energy Act, 1971* (Alta.), c. 49, sought approval of the Board for the construction and operation of a new substation in the Langdon area near Calgary and a 500 kV electrical transmission line from Langdon to a point in Phillips Pass, Alberta, near the Alberta-British Columbia border.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Sur autorisation de cette Cour donnée le 22 avril 1980, ce pourvoi est interjeté contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta en date du 22 janvier 1980 et porte sur une question constitutionnelle dont le texte, établi par une ordonnance du 8 septembre 1980, se lit comme suit:

La province de l'Alberta a-t-elle le pouvoir constitutionnel d'autoriser son Energy Conservation Board à connaître d'une demande d'autorisation de construction et d'exploitation de lignes de transport dans le but de les connecter ou relier aux installations électriques exploitées dans une autre province et à réaliser certaines ou toutes les fins qu'énonce l'exposé conjoint des faits:

(I) fournir une réserve de capacité de production;

(II) une assistance mutuelle pour faire face aux urgences des deux réseaux;

(III) des économies d'exploitation globales et mutuelles par l'échange de capacité de production;

(IV) la vente ou l'échange des surplus d'énergie électrique entre l'Alberta et la Colombie-Britannique;

(V) une assistance mutuelle pour satisfaire aux exigences de réserve et de fiabilité;

(VI) le transport en Alberta et en Colombie-Britannique de 500 kV de secours;

(VII) autoriser l'exportation d'électricité aux États-Unis d'Amérique;

(VIII) de faire partie d'un réseau de transport de 500 kV en Alberta.

Les questions en litige dans ce pourvoi mettent en jeu l'al. 92(10)*a*) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et découlent d'une demande de permis présentée à l'Alberta Energy Resources Conservation Board (ci-après appelée la «Commission») par l'intimée, Calgary Power Ltd., une compagnie à charte fédérale. La demande présentée le 12 décembre 1978 en vertu de *The Hydro and Electric Energy Act*, 1971 (Alta), chap. 49, visait à obtenir l'approbation de la Commission pour la construction et l'exploitation d'une nouvelle sous-centrale dans la région de Langdon près de Calgary et d'une ligne de transport d'électricité de 500 kV de Langdon jusqu'à un endroit à Phillips Pass (Alberta), près de la frontière de la Colombie-Britannique.

Section 92(10)(*a*) of the *British North America Act* exempts from exclusive provincial legislative authority in relation to local works and undertakings such as are in the class of "Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province". This class (as well as those in s. 92(10)(*b*) and (*c*), which are not relevant here) is by force of s. 91(29) of the *British North America Act* brought within the exclusive competence of the Parliament of Canada.

It is clear from the facts in this case that the only concern is whether the concluding words of s. 92(10)(*a*) ("other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province") apply here to exclude jurisdiction in the Alberta Energy Resources Conservation Board to entertain and act upon the respondent Calgary Power Ltd.'s application. There is no challenge here to the power of the Board to entertain and act upon the application under relevant authorizing legislation. The admitted purpose of the application is to provide a transmission line to interconnect with a line to be built by British Columbia Hydro and Power Authority from Cranbrook in that Province to the border point.

There is an agreed statement of facts in this case, of which the following paragraphs are relevant:

2. The purpose of the subject transmission line and the interconnection with British Columbia Hydro and Power Authority is stated by Calgary Power Ltd. to be to provide generation capacity reserve required in 1983 and beyond. In addition, both Calgary Power Ltd. and British Columbia Hydro and Power Authority derive a number of other benefits identified in the Application as including:

(a) mutual assistance for emergencies in either system;

(b) overall operating economics by energy-capacity interchange, that is, either utility can rely upon and use the other utility so as to help minimize the cost of building addition [*sic*] facilities;

L'alinéa 92(10)*a*) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* exclut du pouvoir législatif exclusif des provinces certains ouvrages et entreprises d'une nature locale, comme ceux qui font partie de la catégorie des «lignes de bateaux à vapeur ou autres bâtiments, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province». Aux termes du par. 91(29) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, cette catégorie (de même que celles mentionnées aux al. 92(10)*b*) et *c*) qui ne sont pas pertinentes ici) relève de la compétence exclusive du Parlement du Canada.

Il se dégage clairement des faits de l'espèce qu'il s'agit uniquement de savoir si les derniers mots de l'al. 92(10)*a*) («autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province») s'appliquent ici pour empêcher l'Alberta Energy Resources Conservation Board de connaître de la demande de l'intimée Calgary Power Ltd. et d'y donner suite. On ne conteste pas le pouvoir de la Commission de connaître de la demande et d'y donner suite aux termes d'une loi habilitante pertinente. Le but reconnu de la demande est de fournir une ligne de transport pour rejoindre une ligne devant être construite par la British Columbia Hydro and Power Authority depuis Cranbrook dans cette province jusqu'à la frontière.

Il y a un exposé conjoint des faits en l'espèce dont voici les paragraphes pertinents:

[TRADUCTION] 2. La ligne de transport envisagée et l'interconnexion avec la British Columbia Hydro and Power Authority ont pour but, suivant la déclaration de Calgary Power Ltd., de fournir la réserve de capacité de production requise en 1983 et ultérieurement. De plus, Calgary Power Ltd. et la British Columbia Hydro and Power Authority retirent plusieurs autres avantages énoncés dans la demande, notamment:

a) une assistance mutuelle pour faire face aux urgences des deux réseaux;

b) des économies d'exploitation globales par l'échange de capacité de production, c'est-à-dire que l'une des installations peut compter sur l'autre et l'utiliser et réciproquement afin de minimiser le coût de construction d'installations additionnelles;

(c) sale or exchange of surplus power or energy, that is, for example, if British Columbia Hydro and Power Authority has an excess amount of water in its hydro reservoirs which it is spilling (not using to generate power) it can generate power and sell it to Calgary Power, presumably at a cost less than Calgary Power could generate power at that point in time;

(d) mutual assistance in meeting reserve and reliability requirements, particularly during periods when for example new power plants are delayed;

(e) 500 KV back-up transmission in Southern Alberta and South-eastern British Columbia.

In addition, Calgary Power Ltd., 500 KV line facilitates the export of power ultimately destined for utilities in the United States. An application to export has not been filed for this purpose by Calgary Power Ltd., although it is being prepared, and there are no existing approvals from the National Energy Board. The proposed transmission line is not dependant in any way upon such use, and it is Calgary Power Ltd.'s position that it intends to construct the line whether or not export approval is obtained.

3. Calgary Power Ltd. is interconnected with the other electric utilities in Alberta at many locations throughout Alberta and has had interconnection with utilities in British Columbia since 1929. Interconnections are generally recognized in the electric utility industry as a way to provide large scale low cost diversity, to share reserve generating capacity and to most efficiently utilize existing generating capacity.

4. Calgary Power Ltd. and British Columbia Hydro and Power Authority will separately construct their transmission lines in their respective Provinces and will connect the two transmission lines at the British Columbia-Alberta border by means of what is known as a "dead-end" tower, that is one which can withstand the mechanical tension of a line connected to one side only and does not need the support of a line on the opposite side. Calgary Power Ltd. will construct its line up to the Alberta side of the dead end tower and British Columbia Hydro and Power Authority will construct its line up to the British Columbia side. And, either utility could remove its line from the tower without forcing the other to remove or reinforce its line.

5. Calgary Power Ltd. will retain control of, and responsibility for, its transmission line constructed in Alberta and will retain the ability to connect or disconnect the

c) la vente ou l'échange des surplus d'énergie électrique, par exemple, si la British Columbia Hydro and Power Authority a, dans ses bassins de retenue, un excédent d'eau qu'elle doit évacuer (qu'elle n'utilise pas pour produire de l'énergie électrique), elle peut produire cette énergie et la vendre à Calgary Power à un coût présumément inférieur à ce qu'il en coûterait à Calgary Power pour la produire à ce même moment;

d) une assistance mutuelle pour satisfaire aux exigences de réserve et de fiabilité en particulier, par exemple, lorsque de nouvelles installations d'énergie électrique accusent des retards;

e) le transport vers le sud de l'Alberta et le sud-est de la Colombie-Britannique de 500 kV de secours.

De plus, la ligne de 500 kV de Calgary Power Ltd. facilite l'exportation d'énergie électrique destinée finalement aux installations américaines. Calgary Power Ltd. n'a déposé aucune demande d'exportation à cette fin, bien qu'une demande soit en voie de rédaction, et l'Office national de l'énergie n'a encore donné aucune approbation. La ligne de transport envisagée n'est d'aucune façon assujettie à cette utilisation et Calgary Power Ltd. a l'intention de construire cette ligne qu'elle obtienne ou non l'approbation d'exportation.

3. Calgary Power Ltd. bénéficie d'interconnexions avec d'autres installations électriques en Alberta à plusieurs endroits dans la province, ainsi qu'avec des installations de Colombie-Britannique depuis 1929. Il est généralement reconnu dans l'industrie des installations électriques que les interconnexions permettent une grande diversité à un coût minime pour partager la réserve de capacité de production et utiliser le plus efficacement possible la capacité de production existante.

4. Calgary Power Ltd. et la British Columbia Hydro and Power Authority construiront chacune leur ligne de transport dans leur province respective et relieront les deux lignes de transport à la frontière de la Colombie-Britannique et de l'Alberta au moyen d'un pylône «étayé», soit un pylône qui peut résister à la tension mécanique d'une ligne reliée d'un côté seulement sans avoir besoin du support d'une ligne sur le côté opposé. Calgary Power Ltd. construira sa propre ligne jusqu'à l'emplacement du pylône étayé du côté de l'Alberta et la British Columbia Hydro and Power Authority construira sa ligne jusqu'à la frontière de la Colombie-Britannique. Chaque installation pourra enlever sa propre ligne du pylône sans forcer l'autre à enlever la sienne ni à la renforcer.

5. Calgary Power Ltd. continuera d'assumer le contrôle et la responsabilité de sa ligne de transport construite en Alberta et pourra la relier ou la débrancher à volonté du

line to the rest of its system by a breaker at the proposed Langdon substation at will. B.C. Hydro and Power Authority will have similarly retained control over and responsibility for its transmission line in British Columbia, at its Cranbrook substation. Calgary Power Ltd. will be able to connect generation and load to its line in Alberta at its sole discretion. The two parties will not make any agreement which would deprive either of this unfettered control.

. . .

8. Calgary Power Ltd.'s operations and customers are almost exclusively within the Province of Alberta. From time to time, it serves customers outside of the Province of Alberta where it is more economical and convenient for it to provide the service than adjacent utilities. At present of Calgary Power Ltd.'s approximately Two Hundred and Twenty-Eight Thousand (228,000) customers, less than ten are located outside the Province of Alberta, and represent less than 0.1% of the utility's peak load.

9. British Columbia Hydro and Power Authority is the major electric utility in the Province of British Columbia, serving most of that Province. It holds a National Energy Board Licence or licences to export electric energy to the United States. It exports and imports electrical energy to and from the United States of America through electrical transmission interconnections with members of Northwest Power Pool along the international border.

10. The Northwest Power Pool is a mutually co-operative, unincorporated body set up by electric utilities in the northwestern United States. There are presently 20 participating utilities in the Pool, including three Canadian utilities. British Columbia Hydro and Power Authority, East Kootenay Power and Calgary Power Ltd.

As part of its application, Calgary Power Ltd. filed a letter of agreement between it and British Columbia Hydro which states that the proposed interconnection will allow for

(a) mutual assistance for emergencies in either system

(b) overall operating economics by energy-capacity interchange

(c) sale or exchange of surplus power or energy

(d) mutual assistance in meeting reserve and reliability requirements particularly during periods when new plant is delayed for reasons beyond the utilities' control

reste de son réseau par un disjoncteur à la sous-centrale envisagée à Langdon. La B.C. Hydro and Power Authority continuera également d'assumer le contrôle et la responsabilité de sa propre ligne de transport à sa sous-centrale de Cranbrook en Colombie-Britannique. Calgary Power Ltd. pourra, à son gré, faire passer du courant électrique dans sa ligne en Alberta. Les deux parties ne signeront aucune entente qui priverait l'une ou l'autre de ce contrôle total.

. . .

8. C'est presque exclusivement dans la province de l'Alberta que Calgary Power Ltd. mène son exploitation et que se trouve sa clientèle. A l'occasion, elle dessert des clients à l'extérieur de la province de l'Alberta lorsqu'il est plus économique et pratique qu'elle, plutôt que des installations voisines, assure le service. A l'heure actuelle moins de dix des deux cent vingt-huit mille (228,000) clients de Calgary Power Ltd. sont situés à l'extérieur de la province de l'Alberta soit, moins de 0.1% de sa charge de pointe.

9. La British Columbia Hydro and Power Authority est la plus importante entreprise d'électricité de la Colombie-Britannique et dessert presque toute la province. Elle détient des licences de l'Office national de l'énergie pour exporter de l'énergie électrique vers les États-Unis. Elle importe des États-Unis et y exporte de l'énergie électrique par l'intermédiaire d'interconnexions avec des membres de la Northwest Power Pool le long de la frontière internationale.

10. La Northwest Power Pool est une coopérative mutuelle, un organisme non constitué en corporation, mis sur pied par les producteurs d'électricité du nord-ouest des États-Unis. Actuellement vingt producteurs participent à ce Pool, dont trois sont canadiens, la British Columbia Hydro and Power Authority, East Kootenay Power et Calgary Power Ltd.

Calgary Power Ltd. a joint à sa demande une lettre d'entente entre elle et British Columbia Hydro qui énonce que l'interconnexion envisagée permettra

[TRADUCTION] a) une assistance mutuelle pour faire face aux urgences des deux réseaux;

b) des économies d'exploitation globales et mutuelles par l'échange de capacité de production;

c) la vente ou l'échange des surplus d'énergie électrique;

d) une assistance mutuelle pour satisfaire aux exigences de réserve et de fiabilité, en particulier lorsqu'une nouvelle installation accuse des retards pour des raisons qui échappent à son contrôle;

(e) 500 kV transmission backup.

The application of Calgary Power Ltd. was opposed by farmers and landowners in the area of the proposed construction of the power substation and electrical transmission line. It is obvious, of course, that unless there is jurisdiction in the Alberta Energy Resources Conservation Board to entertain and act upon the application, the necessary expropriations of land to enable the project to proceed could not be realized. The Board asserted jurisdiction in a decision of June 18, 1979 and on an appeal to the Alberta Court of Appeal that Court confirmed the jurisdiction. Subsequently, the Board proceeded with the application during the pendency of the appeal to this Court and in a decision in early July, 1980 it granted Calgary Power Ltd.'s application for

(1) a substation near Langdon

(2) a 500-Kilovolt transmission line from the substation to Phillips Pass on the Alberta-British Columbia border, and

(3) the interconnection of the transmission line and substation with Calgary Power's existing transmission system and with the system of B.C. Hydro.

The submission of the appellants is that a provincial board is being asked to entertain an application to approve and permit an undertaking which is within exclusive federal legislative authority by reason of the contemplated interprovincial interconnection. At most, according to the appellants, it might be open to the Board to authorize the intraprovincial construction but not the interprovincial connection. Moreover, so the contention went, it was not open to the provincial legislature to vest the Board with jurisdiction to deal with the application of Calgary Power Ltd. in the terms in which it was made. Reliance is placed by the appellants on the pipeline cases: *e.g. Campbell-Bennett Ltd. v. Comstock Midwestern Ltd.*[2] and *Saskatchewan Power Corp. et al. v. Trans Canada Pipelines Ltd.*[3], on *Hewson v. The Ontario Power*

[2] [1954] S.C.R. 207.
[3] [1979] 1 S.C.R. 297.

e) le transport de 500 kV de secours.

Des fermiers et des propriétaires terriens de la région où l'on envisage la construction de la sous-centrale d'énergie électrique et de la ligne de transport d'électricité se sont opposés à la demande de Calgary Power Ltd. Il est évident, bien sûr, qu'à moins que l'Alberta Energy Resources Conservation Board ait compétence pour connaître de la demande et y donner suite, il sera impossible de procéder aux expropriations de terrain nécessaires pour permettre la construction de l'ouvrage. La Commission s'est déclarée compétente par une décision du 18 juin 1979 et la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé la compétence. Par la suite, la Commission a entendu la demande alors que ce pourvoi était pendant devant cette Cour et, dans une décision rendue au début juillet 1980, elle a accueilli la demande de Calgary Power Ltd. pour

[TRADUCTION] (1) une sous-centrale près de Langdon

(2) une ligne de transport de 500 kilovolts depuis la sous-centrale jusqu'à Phillips Pass à la frontière de la Colombie-Britannique, et

(3) l'interconnexion de la ligne de transport et de la sous-centrale avec les réseaux de transport existants de Calgary Power et de B.C. Hydro.

Les appelants prétendent que l'on requiert d'une commission provinciale de connaître d'une demande visant l'approbation et l'autorisation d'une entreprise qui relève exclusivement du pouvoir législatif fédéral en raison des interconnexions interprovinciales prévues. Tout au plus, selon les appelants, la Commission pourrait-elle autoriser la construction à l'intérieur de la province mais non les connexions entre les provinces. De plus, ajoute-t-on, le législateur provincial ne pouvait confier à la Commission le pouvoir de connaître de la demande de Calgary Power Ltd. telle qu'elle était formulée. Les appelants se sont appuyés sur les arrêts relatifs aux pipelines: voir *Campbell-Bennett Ltd. c. Comstock Midwestern Ltd.*[2] et *Saskatchewan Power Corp. et autre c. TransCanada Pipelines Ltd.*[3]; *Hewson c. The Ontario Power*

[2] [1954] R.C.S. 207.
[3] [1979] 1 R.C.S. 297.

Company of Niagara Falls[4], at pp. 608-9, on certain observations in *Ottawa Valley Power Co. v. Attorney-General of Ontario*[5], and in the reasons of Martland J. in *Kootenay and Elk Railway Company and Burlington Northern, Inc. v. Canadian Pacific Railway Company*[6]. Invoked as well were the judgments of the Privy Council in *Luscar Collieries, Limited v. McDonald and Others*[7] and *Attorney-General of Ontario v. Winner*[8].

There are a number of important background facts which are relevant to the proper disposition of this appeal. First, it is conceded that there is no existing federal regulatory authority that embraces the situation that is presented here. Second, the respondent Calgary Power Ltd. does not challenge the regulatory power of Parliament, at least at the point of interprovincial interconnection, if Parliament should choose to act. At the present time, however, the federal National Energy Board is not vested with regulatory authority that would bring the project in this case within its regime of control. Third, it does not appear that the Alberta Energy Resources Conservation Board purports to exercise any regulatory control over the relationship between Calgary Power Ltd. and the British Columbia Hydro and Power Authority under their agreement. The situation, apart from the intraprovincial construction and operation of the power substation and the electrical transmission line and apart from the permission to interconnect with a line extending from within British Columbia to the Alberta border, seems to me to have some similarity to that considered by this Court in *Quebec Railway Light & Power Co. v. Beauport*[9]. There it was decided that there was a gap in regulatory authority respecting tolls of an autobus service operated by an undertaking within federal jurisdiction, such tolls being at the same time not within provincial competence to prescribe. I appreciate that in the *Beauport* case there was

[4] (1905), 36 S.C.R. 596.
[5] [1936] 4 D.L.R. 594.
[6] [1974] S.C.R. 955.
[7] [1927] A.C. 925.
[8] [1954] A.C. 541.
[9] [1945] S.C.R. 16.

Company of Niagara Falls[4], aux pp. 608 et 609, sur certaines remarques dans *Ottawa Valley Power Co. v. Attorney-General of Ontario*[5], et sur les motifs du juge Martland dans l'arrêt *Kootenay et Elk Railway Company et Burlington Northern Inc. c. La Compagnie du Chemin de Fer Canadien du Pacifique*[6]. On a également invoqué les arrêts du Conseil privé *Luscar Collieries, Limited v. McDonald and Others*[7] et *Attorney-General of Ontario v. Winner*[8].

Plusieurs faits dans le contexte sont pertinents à l'issue appropriée de ce pourvoi. Tout d'abord, il est admis qu'aucun pouvoir de réglementation fédérale n'englobe la situation présente. Deuxièmement, l'intimée Calgary Power Ltd. ne conteste pas le pouvoir de réglementation du Parlement, du moins en ce qui concerne les interconnexions entre les provinces, si le Parlement décidait d'agir. Toutefois, actuellement, l'Office national de l'énergie fédéral n'est pas investi du pouvoir de réglementation qui assujettirait l'ouvrage en l'espèce à son régime de contrôle. Troisièmement, l'Alberta Energy Resources Conservation Board ne paraît pas vouloir exercer un contrôle, par voie de réglementation, sur les relations nées de la convention entre Calgary Power Ltd. et la British Columbia Hydro and Power Authority. A part la construction et l'exploitation de la sous-centrale intraprovinciale et de la ligne de transport d'électricité, et à part la permission d'effectuer une interconnexion avec une ligne allant de l'intérieur de la Colombie-Britannique jusqu'à la frontière de l'Alberta, la situation me semble être assez semblable à celle que cette Cour a examinée dans l'arrêt *Quebec Railway Light & Power Co. c. Beauport*[9]. Cet arrêt a conclu qu'il y avait une lacune dans le pouvoir de réglementation relativement aux droits d'un service d'autobus exploité par une entreprise relevant de la compétence fédérale puisqu'en même temps, la province n'était pas compétente pour imposer ces droits. Je sais bien

[4] (1905), 36 R.C.S. 596.
[5] [1936] 4 D.L.R. 594.
[6] [1974] R.C.S. 955.
[7] [1927] A.C. 925.
[8] [1954] A.C. 541.
[9] [1945] R.C.S. 16.

actual federal regulatory authority but, as in the present case, it did not extend to the matter directly in issue. Unexercised federal authority may give leeway to the exercise of provincial authority in relation to local works and undertakings, and that is how I assess the situation here.

One matter lightly touched on by counsel for Calgary Power Ltd. but not pressed was whether an electrical distribution system could competently be within s. 92(10)(*a*). I do not doubt that it can be and the matter, in my view, is laid to rest by the judgment of this Court in *Hewson v. Ontario Power Co., supra.* That was a case, however, which, unlike the present one, turned on the existence of affirmative federal legislation. The same factor distinguishes, in my opinion, the pipeline cases. It is one thing for the Parliament of Canada to legislate affirmatively for the creation and regulation of an interprovincial pipeline, as in the *Campbell-Bennett Ltd.* and *Saskatchewan Power Corp.* cases. The position is quite different where, absent superseding federal legislation, a provincial legislature authorizes a provincial statutory board to entertain applications for the construction of intraprovincial facilities and also to empower an applicant to connect its local facilities with those of an agency in an adjoining province but without presuming to regulate the interconnection. I regard this as falling within provincial authority in relation to local works and undertakings.

A relevant comparison may be made with the judgment of this Court in the *Kootenay and Elk* case, *supra.* There, a provincially incorporated company was authorized to build a railway line in British Columbia to extend to a point just within that Province at a fraction of an inch from the United States border. It was part of a scheme for junction with a line of railway to be built on the United States' side of the border and to come within a fraction of an inch thereat. It was conceded that the lack of actual physical interconnection would not prevent trains from running effectively over the two lines. The purpose of the two lines

que dans l'affaire *Beauport*, le fédéral détenait un pouvoir de réglementation exprès mais, comme en l'espèce, ce pouvoir ne portait pas directement sur la question en litige. Un pouvoir fédéral non exercé peut laisser une marge de manœuvre au pouvoir provincial relatif aux ouvrages et entreprises d'une nature locale et telle est, à mon avis, la situation en l'espèce.

Une question dont a parlé l'avocat de Calgary Power Ltd., brièvement et sans insister, est celle de savoir si un réseau de distribution d'électricité peut entrer dans la catégorie visée par l'al. 92(10)*a*). Je n'ai aucun doute qu'il le peut et, à mon avis, cette question a été tranchée par l'arrêt de cette Cour *Hewson c. Ontario Power Co.*, précité. Toutefois, contrairement à la présente espèce, l'issue de cette affaire dépendait de l'existence d'une loi fédérale expresse. Le même facteur distingue, à mon avis, les affaires relatives aux pipelines. C'est une chose que le Parlement du Canada légifère expressément pour la création et la réglementation d'un pipeline interprovincial, comme dans les affaires *Campbell-Bennett Ltd.* et *Saskatchewan Power Corp.* C'est tout autre chose lorsqu'en l'absence d'une loi fédérale qui aurait préséance, une législature provinciale permet à un organisme créé par une loi provinciale de connaître des demandes visant la construction d'installations intraprovinciales et d'autoriser un requérant à relier ses installations locales à celles d'un organisme d'une province adjacente mais sans présumer réglementer l'interconnexion. Je suis d'avis que cela relève du pouvoir provincial sur les ouvrages et entreprises d'une nature locale.

On peut faire une comparaison utile avec l'arrêt de cette Cour dans *Kootenay et Elk*, précité. Dans cette affaire, une compagnie à charte provinciale avait reçu l'autorisation de construire en Colombie-Britannique une ligne de chemin de fer qui devait s'arrêter à une fraction de pouce de la frontière américaine. Cela faisait partie d'un projet de raccordement avec une ligne de chemin de fer qui devait être construite du côté américain de la frontière et qui devait s'arrêter à une fraction de pouce de celle-ci. Il est admis que l'absence de raccordement réel n'empêcherait pas les trains de circuler d'une ligne à l'autre. Ces deux lignes

was to permit the transport of coal from British Columbia through the United States and thence to a British Columbia port for shipment to Japan. Although federal railway legislation was involved in the case and a number of issues therein concerned the scope of the powers of the Canadian Transport Commission under that legislation, the important point for present purposes was the view of the majority of this Court (confirming in this respect the position taken by the Canadian Transport Commission) that at the particular stage of the project it could not be said that the provincial company was operating an extraprovincial undertaking. In the course of his reasons, Martland J. said this (at pp. 979-80):

> The respondent contends, however, that, while Kootenay's works do not extend beyond the province, its undertaking was not local in character. But in determining the legislative power of the British Columbia Legislature to incorporate Kootenay we are concerned with the nature of the undertaking which it authorized. That undertaking is one which is to be carried on entirely within the province. I do not overlook the fact that its undertaking when coupled with that of Burlington would provide a means of transport of goods from British Columbia into the United States. It may be, as is pointed out in the reasons of the Commission, that when the two lines are joined an overall undertaking of international character will emerge. But in my opinion that possibility did not preclude the British Columbia Legislature from authorizing the incorporation of a company to construct a railway line wholly situate within the borders of the province.

And, again (at p. 982):

> In summary, my opinion is that a provincial legislature can authorize the construction of a railway line wholly situate within its provincial boundaries. The fact that such a railway may subsequently, by reason of its interconnection with another railway and its operation, become subject to federal regulation does not affect the power of the provincial legislature to create it.

There was a cogent dissent in the *Kootenay and Elk* case, but even accepting its merit by reason of the existence of federal railway legislation the present case is an important step removed, there being here no operative federal legislation to

avaient pour objet de permettre le transport du charbon depuis la Colombie-Britannique via les États-Unis jusqu'à un port de la Colombie-Britannique pour être expédié au Japon. Bien que les lois fédérales sur les chemins de fer aient été en jeu dans cette affaire et que plusieurs des questions aient porté sur l'étendue des pouvoirs de la Commission canadienne des transports aux termes de ces lois, la question importante aux fins présentes est l'opinion de la majorité de cette Cour (qui confirme à cet égard la position de la Commission canadienne des transports) qu'à la phase particulière de l'ouvrage, on ne pouvait dire que la compagnie provinciale exploitait une entreprise extraprovinciale. Le juge Martland s'est exprimé ainsi dans ses motifs (aux pp. 979 et 980):

> Cependant, l'intimée prétend que, bien que les ouvrages de Kootenay ne s'étendent pas au delà de la province, son entreprise n'est pas de nature locale. Mais, en déterminant le pouvoir de la législature de la Colombie-Britannique de légiférer en vue de la constitution de Kootenay en corporation, nous devons considérer la nature de l'entreprise qu'elle autorise. Les activités de l'entreprise en question doivent être exécutées entièrement dans la province. Je n'oublie pas le fait que son entreprise, une fois reliée à celle de Burlington, servira à transporter des marchandises de la Colombie-Britannique aux États-Unis. Il se peut, comme la Commission le signale dans ses motifs, qu'une fois les deux lignes jointes, nous soyons en présence d'une seule entreprise de nature internationale. Mais, à mon avis, cette possibilité n'empêchait pas la législature de la Colombie-Britannique d'autoriser la création d'une compagnie en vue de la construction d'une ligne de chemin de fer entièrement située dans les limites de la province.

Puis (à la p. 982):

> En résumé, je suis d'avis qu'une législature provinciale peut autoriser la construction d'une ligne de chemin de fer qui est entièrement située à l'intérieur des limites de la province. Le fait qu'un tel chemin de fer puisse par la suite, en raison de sa liaison avec un autre chemin de fer ou de sa mise en service, devenir soumis à la réglementation fédérale ne touche pas au pouvoir de la législature provinciale de le créer.

Il y a une forte dissidence dans l'arrêt *Kootenay et Elk*, mais, même si on en acceptait le bien-fondé en raison de l'existence de lois fédérales sur les chemins de fer, la présente affaire comporte une distinction importante: il n'y a pas ici de loi fédé-

underscore federal exclusiveness or to support federal paramountcy. Although exclusiveness may arise even in the absence of federal legislation, I do not regard the situation presented here as providing a basis for its assertion.

Nor do I think that the appellants can find any comfort in the *Hewson* case, *supra*, for their attack on the jurisdiction of the provincial Board or on the authority conferred upon it under relevant provincial legislation. That case involved the validity of a federal incorporating statute respecting the generation of electricity by the incorporated company which was given expropriation powers in connection with its undertaking. Although the actual works of the company were to be in Ontario, the Court construed the statute as embracing the extension of the company's operations beyond the Province (per Davies J., Sedgewick J. concurring) or as involving federal power in relation to navigation (per Taschereau C.J.) or as being, by virtue of an assertion to that effect in the preamble, works for the general advantage of Canada under s. 92(10)(*c*) of the *British North America Act* (per Girouard and Idington JJ.). The appellants rely on certain observations of Davies J., such as the statement on p. 606 that "The objects of the company as defined by the Act contemplated ... possible extension beyond the limits of one Province, and it is therefore just as much within the express exception of the British North America Act, 1867, as a telegraph or telephone company with like powers of extension", citing *Toronto v. Bell Telephone Co.*[10], and, again, on similar observations at p. 607.

It seems to me, however, that for present purposes the relevant observation of Davies J. is at p. 609, where he says this:

> It is not necessary, however, for me to decide whether a grant by the legislature of the province to a company created by it to connect its wires with those of a foreign corporation, at the frontier, would be necessarily beyond its powers or would invalidate the charter altogether or

[10] [1905] A.C. 52.

rale en vigueur qui sous-tende le pouvoir exclusif du fédéral ou qui appuie la suprématie fédérale. Bien qu'il puisse y avoir exclusivité même en l'absence d'une loi fédérale, je ne considère pas que la situation en l'espèce permette d'appuyer une telle assertion.

Je ne crois pas non plus que les appelants puissent invoquer l'arrêt *Hewson*, précité, pour contester la compétence de la Commission provinciale ou le pouvoir qui lui a été confié en vertu de la loi provinciale pertinente. Cette affaire portait sur la validité d'une loi fédérale qui accordait une charte relativement à la production d'électricité par la compagnie qui avait reçu des pouvoirs d'expropriation eu égard à son entreprise. Les travaux de la compagnie devaient effectivement se dérouler en Ontario, mais la Cour a donné à la loi une interprétation qui englobe le prolongement des activités de la compagnie à l'extérieur de la province (les juges Davies et Sedgewick souscrivant à cette opinion) ou qui met en jeu le pouvoir fédéral relatif à la navigation (le juge en chef Taschereau) ou qui, selon une déclaration en ce sens dans le préambule, la rattache à des travaux pour l'avantage général du Canada aux termes de l'al. 92(10)*c*) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (les juges Girouard et Idington). Les appelants s'appuient sur certaines remarques du juge Davies, telle la déclaration que l'on trouve à la p. 606 que [TRADUCTION] «Les objets de la compagnie définis par la Loi envisagent ... une extension possible au-delà des limites de la province, et relèvent donc tout autant de l'exception expresse prévue à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, qu'une compagnie de télégraphe ou de téléphone dont les pouvoirs s'étendent de la même façon», citant l'arrêt *Toronto v. Bell Telephone Co.*[10], et sur d'autres remarques semblables à la p. 607.

Toutefois, il me semble qu'aux fins présentes, c'est à la p. 609 que l'on trouve la remarque pertinente du juge Davies:

> [TRADUCTION] Il n'est toutefois pas nécessaire que je décide si un octroi accordé par une législature provinciale à une compagnie qu'elle a créée pour connecter ses fils à ceux d'une compagnie étrangère à la frontière, outrepasserait nécessairement ses pouvoirs ou rendrait

[10] [1905] A.C. 52.

simply in part. That question was not argued excepting incidentally because the validity of a provincial charter was not an issue on this appeal. Whether there exists a concurrent jurisdiction in the Dominion and the province to confer such a power I am not called upon now to decide. I do hold the power to exist in the Dominion Parliament; and that, because of its exercise with respect to this special corporation and also because of the general extent of the powers granted, the Act of incorporation here in question is legal and valid.

The recognition by him of a constitutional difference where there is affirmative federal legislation is pertinent here where there is no such affirmative legislation and where, in my opinion, the field is open for valid provincial legislation of the kind under which the Board has acted in this case, that is, legislation in relation to intraprovincial local works and undertakings.

It is true that in the *Winner* case, *supra*, provincial legislation was blunted notwithstanding that there was no existing federal legislation governing interprovincial and international motor bus service. However, that was because a provincial motor carrier board purported to regulate the operations of an international bus carrier which provided service from Boston into the Province (New Brunswick) and into an adjoining Province (Nova Scotia). It was held to be beyond the competence of the New Brunswick Motor Carrier Board, in purporting to license a foreign bus carrier to operate from Boston into the Province and on to Glace Bay in Nova Scotia, to forbid the carrier from embusing or debusing passengers in New Brunswick. As a fully operating interprovincial and international bus carrier, it was entitled to carry passengers from points outside New Brunswick to points within and vice versa without being subject to provincial regulation. The contrast between the *Winner* case and the present case is obvious. There the "work" was an indivisible operation in the transportation of persons internationally and along the same routes intraprovincially; and in that situation, the Court found that such a system could not be segmented into provincial and interprovincial components.

sa charte entièrement ou partiellement invalide. Cette question n'a pas été plaidée si ce n'est de manière incidente parce que la validité d'une charte provinciale n'est pas en litige dans ce pourvoi. On ne me demande pas de décider si le fédéral et les provinces ont une compétence concurrente pour accorder un tel pouvoir. Je suis d'avis que le Parlement fédéral a ce pouvoir; et, puisqu'il l'a exercé relativement à cette compagnie particulière et compte tenu de l'étendue générale des pouvoirs accordés, la loi constitutive en litige ici est légale et valide.

La reconnaissance par le juge Davies d'une différence constitutionnelle lorsqu'il existe une loi fédérale expresse est pertinente ici puisqu'il n'en existe pas et qu'à mon avis, la province a la voie libre pour adopter une loi valide comme celle en vertu de laquelle la Commission a agi en l'espèce, c'est-à-dire une loi relative à des ouvrages ou entreprises d'une nature intraprovinciale.

Il est vrai que dans l'arrêt *Winner*, précité, la loi provinciale a perdu son effet bien qu'il n'ait existé aucune loi fédérale régissant le service d'autocar interprovincial et international. Mais cela s'expliquait par le fait qu'une commission provinciale des transports routiers cherchait à réglementer l'exploitation d'un service d'autocar international qui assurait le service de Boston jusqu'à l'intérieur de la province (le Nouveau-Brunswick) et jusqu'à l'intérieur d'une province voisine (la Nouvelle-Écosse). Il a été jugé que la New Brunswick Motor Carrier Board excédait sa compétence lorsqu'en voulant accorder une licence à un service d'autocar étranger pour lui permettre d'exploiter son entreprise de Boston jusqu'à l'intérieur de la province et jusqu'à Glace Bay en Nouvelle-Écosse, elle interdisait au transporteur de prendre ou de déposer des voyageurs au Nouveau-Brunswick. En tant que service d'autocar interprovincial et international en exploitation, il avait le droit de transporter des passagers d'un point situé à l'extérieur du Nouveau-Brunswick jusqu'à un endroit à l'intérieur et vice versa, sans être assujetti à la réglementation provinciale. Il y a un contraste évident entre l'affaire *Winner* et la présente affaire. Les «ouvrages» dans cette affaire-là consistaient en un service indivisible de transport de personnes sur le plan international et selon les mêmes trajets sur le plan intraprovincial; et dans cette situation, la Cour

There are observations in the Privy Council's reasons in the *Winner* case, as at pp. 574-5 of [1954] A.C. 541, that suggest that an intention to operate interprovincially may be sufficient to take a work or undertaking outside of provincial regulatory authority or, if not intention alone, then by the taking of all necessary steps to interprovincial operation. That may be so where the interprovincial operation is in the hands of one promoter, as was the case in *Winner* and also in *Toronto v. Bell Telephone Co., supra*, cited in the *Winner* case, and which, however, turned on the presence of federal legislation. Here, however, there is no single promoter who is in a position to effect on his own an interprovincial connection and, in my view, the proposed works in Alberta may properly be regarded as local works for the purposes of the application that was before the Energy Resources Conservation Board.

Again, there is nothing in the *Luscar Collieries* case, *supra*, that assists the contentions of the appellants. The principal issue in that case was whether the federal Board of Railway Commissioners had jurisdiction over certain intraprovincial railways, constructed pursuant to provincial legislative authority, which were not only interconnected but were operated by the Canadian National Railways pursuant to certain agreements and in such a way as to enable traffic to pass over them to such parts of Canada as were served by the C.N.R. system. Again, the "work" which was the subject of the proceedings was a single indivisible transportation system engaged in interprovincial transport and, in connection therewith, there was some intraprovincial transport as well. In contrast, the "work" here is, in essence, an intraprovincial one, ninety-nine per cent of whose output is to be delivered to customers within the Province.

It was the view of the Privy Council in the *Luscar Collieries* case that in the circumstances of the case the two provincial railways were part of a continuous system of railways operated by the

a jugé qu'on ne pouvait sectionner un tel réseau en composantes provinciales, interprovinciales et internationales.

Certaines remarques du Conseil privé dans l'arrêt *Winner*, par exemple aux pp. 574 et 575 du recueil [1954] A.C. 541, laissent croire que l'intention d'exploiter sur le plan interprovincial peut suffire à exclure des ouvrages ou une entreprise du pouvoir de réglementation provincial ou, sinon la seule intention, le fait de prendre toutes les mesures nécessaires pour exploiter sur le plan interprovincial. Il peut en être ainsi lorsque l'exploitation interprovinciale est confiée à un seul promoteur, comme dans l'affaire *Winner* et également dans l'affaire *Toronto v. Bell Telephone Co.*, précitée, citée dans l'arrêt *Winner* et qui, pourtant, reposait sur l'existence d'une loi fédérale. Cependant, en l'espèce, il n'y a pas de promoteur unique qui peut à lui seul faire un raccordement interprovincial et, à mon avis, on peut à bon droit considérer les ouvrages envisagés en Alberta comme des ouvrages de nature locale aux fins de la demande présentée à l'Energy Resources Conservation Board.

Rien dans l'arrêt *Luscar Collieries*, précité, n'appuie les prétentions des appelants. Dans cette affaire, il s'agissait principalement de savoir si la Commission fédérale des chemins de fer avait compétence sur certains chemins de fer intraprovinciaux, construits en vertu d'un pouvoir législatif provincial, qui étaient non seulement reliés mais également exploités par la Compagnie des chemins de fer nationaux en vertu d'ententes et de telle sorte que les convois pouvaient les utiliser pour se rendre dans les parties du Canada desservies par le réseau du C.N. Encore une fois, les «ouvrages» qui étaient l'objet des procédures consistaient en un seul réseau indivisible de transport interprovincial auquel était également relié un réseau de transport intraprovincial. Par opposition, les «ouvrages» en l'espèce sont essentiellement de nature intraprovinciale, quatre-vingt-dix-neuf pour cent de la production étant destinée à des clients à l'intérieur de la province.

Dans l'arrêt *Luscar Collieries*, le Conseil privé a exprimé l'opinion que, dans les circonstances de l'affaire, les deux compagnies de chemins de fer provinciales faisaient partie d'un réseau continu de

C.N.R. and connecting the province with other provinces. The Privy Council assessed the constitutional position as follows (at pp. 932-3):

Their Lordships agree with the opinion of Duff J. that the Mountain Park Railway and the Luscar Branch are, under the circumstances hereinbefore set forth, a part of a continuous system of railways operated together by the Canadian National Railway Company, and connecting the Province of Alberta with other Provinces of the Dominion. It is, in their view, impossible to hold as to any section of that system which does not reach the boundary of a Province that it does not connect that Province with another. If it connects with a line which itself connects with one in another Province, then it would be a link in the chain of connection, and would properly be said to connect the Province in which it is situated with other Provinces.

In the present case, having regard to the way in which the railway is operated, their Lordships are of opinion that it is in fact a railway connecting the Province of Alberta with others of the Provinces, and therefore falls within s. 92, head 10 (*a*), of the Act of 1867. There is a continuous connection by railway between the point of the Luscar Branch farthest from its junction with the Mountain Park Branch and parts of Canada outside the Province of Alberta. If under the agreements hereinbefore mentioned the Canadian National Railway Company should cease to operate the Luscar Branch, the question whether under such altered circumstances the railway ceases to be within s. 92, head 10 (*a*), may have to be determined, but that question does not now arise.

Finally, I wish to refer to a number of observations in the *Ottawa Valley Power Co.* case, *supra*. The case itself is at a considerable distance from the present one, involving statutory invalidation by Ontario of certain electric power contracts between two companies, one in Ontario and the other in Quebec. In consequence, the Courts were concerned with whether Ontario was purporting to legislate in relation to civil rights outside the Province and a majority of the Ontario Court of Appeal so held. In the course of his reasons, Masten J.A., one of the majority, with whom Middleton J.A. agreed, commented as follows on the contractual relationship between the two com-

chemin de fer exploité par le C.N. qui reliait la province à d'autres provinces. Le Conseil privé a évalué comme suit la situation constitutionnelle (aux pp. 932 et 933):

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries souscrivent à l'opinion du juge Duff que le chemin de fer Mountain Park et l'embranchement Luscar font, dans les circonstances susmentionnées, partie d'un réseau de chemin de fer continu, qu'ils sont exploités ensemble par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada et qu'ils relient la province de l'Alberta aux autres provinces du Canada. Il est impossible, à leur avis, de dire d'une section quelconque de ce réseau qui ne s'étend pas jusqu'à la frontière de la province, qu'elle ne relie pas cette province à une autre. Si elle est reliée à une ligne qui est elle-même reliée à une ligne dans une autre province, alors elle constitue un maillon de la chaîne, et on peut dire à bon droit qu'elle relie la province dans laquelle elle est située avec d'autres provinces.

Dans la présente affaire, considérant le mode d'exploitation du chemin de fer, leurs Seigneuries sont d'avis qu'il s'agit en fait d'un chemin de fer reliant la province de l'Alberta avec d'autres provinces et, par conséquent, visé par l'article 92(10)*a*) de l'Acte de 1867. Il existe une liaison continue par chemin de fer entre ce point de l'embranchement Luscar qui est le plus éloigné du point de raccordement avec l'embranchement Mountain Park et les régions du Canada situées à l'extérieur de la province d'Alberta. Si, en vertu des accords susmentionnés, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada devait cesser d'exploiter l'embranchement Luscar, il se peut que, dans cette nouvelle situation, la question de savoir si le chemin de fer n'est plus visé par l'article 92(10)*a*) doive être décidée, mais cette question ne se pose pas maintenant.

Finalement, je désire mentionner certaines observations faites dans l'arrêt *Ottawa Valley Power Co.*, précité. L'affaire elle-même est très différente de la présente; elle porte sur l'annulation par une loi ontarienne de certains contrats d'énergie électrique entre deux compagnies, l'une en Ontario et l'autre au Québec. Ainsi, les cours devaient se demander si l'Ontario voulait légiférer en matière de droits civils à l'extérieur de la province et c'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité. Dans ses motifs, le juge Masten, un des juges de la majorité à l'opinion duquel a souscrit le juge Middleton, a fait le commentaire suivant sur les liens contractuels

panies and their interwoven operations (at pp. 613-4):

> . . . I assume without so determining that the undertaking in question falls within the provisions of Head 10(*a*) and that the Dominion could by appropriate legislation assume control of it and regulate or prevent its operation. But it has not done so, and on the contrary it has by Order in Council passed under and in pursuance of s. 4 of the Navigable Waters' Protection Act, R.S.C. 1927, c. 140, approved of the site of the works and of the plans under which such works were built and placed and of the plans under which they are now maintained. Under such circumstances is it possible to say that the contracts in question, though made by corporations fully empowered and duly authorized by both the Provincial Governments which incorporated them, are void? It seems to me that even if the Dominion were held entitled to assume exclusive control of the construction and operation of these works yet the contracts in question must under existing circumstances remain valid and effective as between the parties to them. In other words, legislative authority for the construction and operation of the works is one thing and the contracts in question between two private corporations not being inherently illegal are quite another thing.

There are statements in the reasons of Fisher J.A., also one of the majority, which may be properly questioned today as they relate to the scope of federal power but, that apart, he says this (at p. 623):

> The Dominion has not entered the field and therefore I cannot see how the grant of the power to contract for the transmission of power from one Province to another falls outside the provincial power or in any way impinges upon the Dominion power, which has not in fact been exercised.

In short, I see nothing in the *Ottawa Valley* case that lends support to the appellant's submissions.

An unusual feature of the proceedings in this Court is the position taken by the intervening Attorney General of Canada. Counsel for the Attorney General supported the jurisdiction of the Alberta Energy Resources Board on the particular facts and by reason of the majority decision of this Court in the *Kootenay and Elk* case. The support was limited to the Board's authority to permit the

entre les deux compagnies et leurs exploitations intimement liées (aux pp. 613 et 614):

> [TRADUCTION] . . . Je tiens pour acquis sans en décider que l'entreprise en question relève de l'alinéa 10*a*) et que le Dominion pourrait par une loi appropriée en prendre le contrôle et la réglementer ou en interdire l'exploitation. Mais il ne l'a pas fait; au contraire, par un décret adopté sous le régime de l'art. 4 de la Loi sur la protection des eaux navigables, S.R.C. 1927, chap. 140, il a approuvé l'emplacement des travaux, les plans en vertu desquels les travaux devaient être effectués et orientés et les plans d'entretien actuel. En de telles circonstances, est-il possible de dire que les contrats en question sont nuls, bien qu'ils aient été conclus par des compagnies qui avaient le pouvoir de les conclure et qui étaient dûment autorisées par les deux gouvernements provinciaux qui leur avaient accordé leur charte? Il me semble que même si l'on décidait que le Dominion a le droit de prendre le contrôle exclusif de la construction et de l'exploitation de ces ouvrages, il demeure que les contrats en question doivent, dans les circonstances présentes, demeurer valides et en vigueur entre les parties contractantes. En d'autres mots, le pouvoir législatif concernant la construction et l'exploitation des ouvrages est une chose et les contrats en question entre deux compagnies privées, contrats qui ne sont pas fondamentalement illégaux, sont une tout autre chose.

Certaines déclarations dans les motifs du juge Fisher, également un des juges de la majorité, sont à bon droit discutables aujourd'hui puisqu'elles portent sur l'étendue du pouvoir fédéral, mais, cela mis à part, il s'exprime ainsi (à la p. 623):

> [TRADUCTION] Le Dominion n'a pas légiféré dans le domaine et, par conséquent, je ne vois pas en quoi accorder le pouvoir de passer un contrat pour le transport d'énergie électrique d'une province à une autre outrepasse le pouvoir provincial ou empiète de quelque façon sur le pouvoir fédéral qui, en fait, n'a pas été exercé.

En bref, à mon avis, rien dans l'arrêt *Ottawa Valley* n'appuie les prétentions des appelants.

Un aspect inhabituel des procédures devant cette Cour est la position prise par le procureur général du Canada en qualité d'intervenant. Le substitut du procureur général a donné son appui à la compétence de l'Alberta Energy Resources Board à cause des faits particuliers et en raison de l'arrêt majoritaire de cette Cour dans l'affaire *Kootenay et Elk*. Il appuie seulement le pouvoir de

construction and operation of the substation and the transmission line and with a caveat if the Board's decision imposes a requirement of interconnection. Reference was made to s. 14(2)(*b*) of *The Hydro and Electric Energy Act* which empowers the Board, with the authorization of the Lieutenant-Governor in Council, to require connection or interconnection with other existing or proposed electrical distribution systems. Under s. 14(2.1), an interconnection may be directed by the Board without the authorization of the Lieutenant-Governor in Council "where the interconnection is not for the purpose of interprovincial or international transmission of electrical energy".

This Court is not called upon in this appeal to consider the validity of ss. 14(2)(*b*) and 14(2.1) of *The Hydro and Electric Energy Act*. I take the decision of the Board, so far as it approves interconnection with British Columbia facilities, as being merely permissive, this being reflected in the agreed statement of facts set out above. In the result, the application is one to enable Calgary Power Ltd. to reap the benefits of interconnection when made, as it may see fit, in the interests of its customers in Alberta, but for the present the Board is being asked to approve the construction and operation of facilities which are wholly within Alberta. The prospect of a federal legislative interest when an interconnection is made with facilities in British Columbia is not enough to bring this case within s. 92(10)(*a*) when there is no applicable federal legislation.

I would, accordingly, dismiss the appeal with costs to the respondent Calgary Power Ltd. I would answer the constitutional question posed in this case in the affirmative, subject, of course, to the prescription of federal legislation, especially as it may relate to export of electrical power, and subject to construction of the provincial legislation as being permissive only in its reach. There will be no order as to costs with respect to the Board or any of the interveners.

Appeal dismissed with costs.

la Commission de permettre la construction et l'exploitation de la sous-centrale et de la ligne de transport et l'assortit d'une réserve si la décision de la Commission impose une interconnexion. On a fait mention de l'al. 14(2)*b*) de *The Hydro and Electric Energy Act* qui permet à la Commission, avec l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil, d'exiger le raccordement ou l'interconnexion avec d'autres réseaux de distribution d'électricité existants ou prévus. Aux termes du par. 14(2.1), la Commission peut imposer une interconnexion sans obtenir l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil [TRADUCTION] «lorsque l'interconnexion ne vise pas le transport interprovincial ou international d'énergie électrique».

Cette Cour n'a pas à se prononcer ici sur la validité de l'al. 14(2)*b*) et du par. 14(2.1) de *The Hydro and Electric Energy Act*. Je suis d'avis que dans la mesure où la décision de la Commission approuve l'interconnexion avec les installations de la Colombie-Britannique, elle est purement facultative, tel qu'il ressort de l'exposé conjoint des faits déjà cité. En définitive, la demande vise à permettre à Calgary Power Ltd. de tirer profit de l'interconnexion lorsqu'elle sera faite, comme elle le désirera, à l'avantage de ses clients en Alberta, mais pour l'instant on demande à la Commission d'approuver la construction et l'exploitation d'installations qui sont entièrement situées en Alberta. La perspective d'un intérêt législatif fédéral lorsqu'une interconnexion sera réalisée avec des installations en Colombie-Britannique ne suffit pas pour que cette affaire relève de l'al. 92(10)*a*) puisqu'il n'y a pas de loi fédérale applicable.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens à l'intimée Calgary Power Ltd. et de répondre par l'affirmative à la question constitutionnelle formulée en l'espèce, sous réserve, bien sûr, des dispositions des lois fédérales, particulièrement celles qui peuvent se rapporter à l'exportation de l'énergie électrique, et sous réserve de l'interprétation de la loi provinciale comme n'ayant qu'une portée facultative. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en ce qui concerne la Commission ni aucun des intervenants.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellants: McLaws & Company, Calgary.

Solicitors for the respondent Energy Resources Conservation Board: M. J. Bruni, Calgary.

Solicitors for the respondent Calgary Power Ltd.: Bennett Jones, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Ross Paisley, Edmonton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Daniel Jacoby, Quebec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Richard Vogel, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Gordon F. Pilkey, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: G. B. Macauley, St. John's.

Procureurs des appelants: McLaws & Company, Calgary.

Procureurs de l'intimée Energy Resources Conservation Board: M. J. Bruni, Calgary.

Procureurs de l'intimée Calgary Power Ltd.: Bennett Jones, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Ross Paisley, Edmonton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Daniel Jacoby, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: G. F. Gregory, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Richard Vogel, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Gordon F. Pilkey, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: G. B. Macauley, St-Jean.

The Metropolitan Trust Company, Canada Grundstuecksentwicklungen Lehndorff Vermoegensverwaltung G.m.b.H. & Co., W.B. Sullivan Construction Limited and R.J. Prusac *Appellants*;

and

Morenish Land Developments Limited *Respondent.*

1980: November 5; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mortgages — Interest — Calculation — Payment clause providing for interest at stated rate per annum and for interest due and payable monthly.

The issue in this appeal is the proper calculation of interest payable under a mortgage. The payment clause made no provision for the compounding of interest except after default. There was no reference to the interval for the calculation of interest and no explanation as to whether interest should be calculated in advance or not in advance. Interest was to be payable monthly at a rate of thirteen per cent per annum. The mortgage contained no further terms relating to interest calculation.

The mortgagee's interpretation assumed that the mortgage provided for interest at the rate of thirteen per cent per annum calculated yearly and payable monthly. The mortgagor, on the other hand, claimed that the mortgagee was to receive by way of interest at the end of the year a sum equal to thirteen per cent per annum on the principal sum and relied on the "re-investment principle".

At first instance, the appellant-mortgagee's position was adopted but due to conflicting jurisprudence the case was referred to the Ontario Court of Appeal which reversed the lower court, finding in favour of the respondent-mortgagor.

Held: The appeal should be allowed.

The interest clause prescribed a nominal rate of interest unqualified by any provision requiring the lender to reinvest interest as and when paid during an interest calculation period. Interest received during the year was not, by the terms of the contract, required to be productively employed for the remainder of the year, and hence

The Metropolitan Trust Company, Canada Grundstuecksentwicklungen Lehndorff Vermoegensverwaltung G.m.b.H. & Co., W. B. Sullivan Construction Limited et R.J. Prusac *Appelants*;

et

Morenish Land Developments Limited *Intimée.*

1980: 5 novembre; 1981: 27 janvier.

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

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

Hypothèques — Intérêt — Calcul — Clause de remboursement prévoyant l'intérêt à un taux prescrit par an et l'intérêt dû payable mensuellement.

En l'espèce, la question en litige porte sur le calcul exact de l'intérêt payable en vertu d'une hypothèque. La clause de remboursement ne comporte aucune disposition visant à composer l'intérêt sauf en cas de défaut. On ne mentionne pas à quel rythme doit être calculé l'intérêt et rien n'indique si l'intérêt doit être calculé d'avance ou non. L'intérêt devait être payable mensuellement au taux de treize pour cent par an. L'hypothèque ne prévoit aucune autre disposition portant sur le calcul de l'intérêt.

L'interprétation de la créancière hypothécaire suppose que l'hypothèque prévoit un intérêt au taux de treize pour cent par an calculé annuellement et payable mensuellement. Par contre, la débitrice hypothécaire prétend que la créancière hypothécaire doit avoir reçu en intérêt, à la fin de l'année, une somme égale à treize pour cent du capital et elle invoque le «principe de réinvestissement».

En première instance, la position de la créancière hypothécaire appelante a été admise, mais compte tenu de la jurisprudence contraire, la cause a été référée à la Cour d'appel de l'Ontario qui a infirmé la décision de la Cour de première instance et a conclu en faveur de la débitrice hypothécaire intimée.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La clause d'intérêt prescrit un taux d'intérêt nominal qui n'est assorti d'aucune disposition obligeant le prêteur à réinvestir l'intérêt payé au cours d'une période de calcul de l'intérêt. Suivant les termes du contrat, l'intérêt reçu au cours d'une année n'a pas à être utilisé de façon à produire un revenu pour le reste de l'année;

the rate was a nominal or pure rate of interest to be used in calculating the amount to be paid to the borrower. The "deemed reinvestment" principle was not applicable even had the mortgage provided that interest be computed and paid monthly. This doctrine was not established in the mortgage and was not imported as a rule of law. The interpretation of this precise financial arrangement rested squarely on the language chosen by the parties.

Re Fobasco Ltd. and Abrams et al. (1977), 13 O.R. (2d) 342; *Standard Reliance Mortgage Corporation v. Stubbs* (1917), 55 S.C.R. 422, considered. *In re Rogers' Trusts* (1860), 1 DR. & SM. 338; applied; *Re Miglinn and Castleholm Construction Ltd.* (1974), 5 O.R. (2d) 444; *Re Tilson et al. and Dougherty* (1975), 8 O.R. (2d) 203; *Hudolin v. Premier Trust Co.* (1977), 17 O.R. (2d) 257, distinguished.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Ontario[1], on a motion referred by Dupont J. Appeal allowed.

S. G. Fisher, Q.C., and *W. G. Horton*, for the appellants.

R. J. Arcand and *J. A. Ballard*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—A practical question has arisen between the parties as to how much is owing for the discharge of a mortgage, the repayment clause of which is as follows:

Provided this Mortgage to be Void upon payment of EIGHT MILLION TWO HUNDRED THOUSAND ($8,200,000.00)—Dollars of lawful money of Canada with interest at nineteen (19%) per centum per annum as follows:

the said principal sum of $8,200,000.00 shall become due and payable on the 16th day of August 1977 and interest monthly at the said rate as well after as before maturity and both before and after default on such portion of the principal as remains from time to time unpaid on the 16th days of each and every month in each year until the principal is fully paid; the first payment of interest to be computed from the 16th day of August, 1974 upon the whole amount of principal hereby secured, to become due and payable on the 16th day of September, next 1974.

. . .

[1] (1979), 95 D.L.R. (3d) 698; (1979), 23 O.R. (2d) 1.

ainsi, le taux qui doit servir au calcul du montant que l'emprunteur doit payer est un taux d'intérêt nominal ou pur. Le «prétendu principe de réinvestissement» ne s'applique pas même si l'hypothèque prévoit que l'intérêt est calculé et payable mensuellement. Cette doctrine n'a pas été prévue à l'hypothèque et n'est pas admise comme principe de droit. L'interprétation de cet arrangement financier bien précis repose uniquement sur le langage que les parties ont choisi.

Jurisprudence: arrêts examinés: *Re Fobasco Ltd. and Abrams et al.* (1977), 13 O.R. (2d) 342; *Standard Reliance Mortgage Corporation c. Stubbs* (1917), 55 R.C.S. 422; arrêt suivi: *In re Rogers' Trusts* (1860), 1 DR. & SM. 338; distinction faite avec les arrêts: *Re Miglinn and Castleholm Construction Ltd.* (1974), 5 O.R. (2d) 444; *Re Tilson et al. and Dougherty* (1975), 8 O.R. (2d) 203; *Hudolin v. Premier Trust Co.* (1977), 17 O.R. (2d) 257.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], sur une enquête référée par le juge Dupont. Pourvoi accueilli.

S. G. Fisher, c.r., et *W. G. Horton*, pour les appelants.

R. J. Arcand et *J. A. Ballard*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—Une question d'ordre pratique s'est posée aux parties quant au montant dû pour acquitter une hypothèque dont la clause de remboursement se lit comme suit:

[TRADUCTION] La présente hypothèque sera nulle moyennant le paiement de HUIT MILLIONS DEUX CENT MILLE ($8,200,000) dollars en monnaie légale au Canada avec intérêt au taux de dix-neuf (19%) pour cent par an comme suit:

ladite somme de $8,200,000 en capital sera due et exigible le 16 août 1977, et l'intérêt mensuel audit taux, tant avant qu'après échéance et tant avant qu'après défaut, sur la partie du capital impayé à différentes époques, sera dû et exigible le 16 de chaque mois de chaque année jusqu'à parfait paiement du capital; le premier paiement d'intérêt, devant être calculé à compter du 16 août 1974 sur le capital total garanti aux présentes, sera dû et exigible le 16 septembre 1974.

. . .

[1] (1979), 95 D.L.R. (3d) 698; (1979), 23 O.R. (2d) 1.

AND it is hereby agreed that in case default shall be made in payment of any sum to become due for interest at any time appointed for payment thereof as aforesaid, compound interest shall be payable and the sum in arrear for interest from time to time, as well after as before maturity, shall bear interest at the rate aforesaid, and in case the interest and compound interest are not paid in one (1) month from the time of default a rest shall be made, and compound interest at the rate aforesaid shall be payable on the aggregate amount then due, as well after as before maturity, and so on from time to time, and all such interest and compound interest shall be a charge upon the said lands.

(The underlined portions represent what the parties filled in on a printed form.)

The issue is concerned solely with the amount of interest owing. Since the parties have agreed upon all mathematical considerations the issue narrows down to the proper interpretation of those parts of the payment clause relating to interest. For completeness, reference should be made to a further clause in the mortgage which revealed that the mortgagor had prepaid six per cent of the interest due during the term of the mortgage and "accordingly interest is only chargeable in accordance with this mortgage at the rate of thirteen per cent per annum".

If one reduces the repayment clause to only those words dealing with the calculation and payment of interest, it reads as follows:

... with interest at nineteen (19%) per centum per annum ... payable ... monthly at the said rate as well after as before maturity and both before and after default on such portion of the principal as remains from time to time unpaid on the 16th days of each and every month in each year until the principal is fully paid; the first payment of interest to be computed from the 16th day of August, 1974 upon the whole amount of principal hereby secured, to become due and payable on the 16th day of September, next 1974.

It is to be noted that:

(a) no provision is made in the payment clause for the compounding of interest although such provision is made in the portion dealing with the calculation and payment of interest in the event of default;

ET les parties aux présentes conviennent qu'à défaut d'effectuer le paiement d'une somme due à titre d'intérêt à une date de paiement prévue ci-dessus, l'intérêt composé sera exigible, et la somme impayée à titre d'intérêt portera intérêt, tant après qu'avant échéance, au taux indiqué ci-dessus, et à défaut de payer l'intérêt et l'intérêt composé dans un (1) mois de la date du défaut, il en sera fait le compte, et l'intérêt composé au taux indiqué ci-dessus sera exigible sur le total alors dû, tant après qu'avant échéance, et ainsi de suite à différentes époques, et tous ces intérêts et intérêts composés grèveront lesdits biens-fonds.

(Les termes soulignés représentent ce que les parties ont inscrit sur une formule imprimée.)

Le litige porte uniquement sur le montant de l'intérêt dû. Puisque les parties se sont entendues sur toutes les considérations d'ordre mathématique, la question en jeu se limite à l'interprétation qu'il convient de donner aux parties de la clause de remboursement relatives à l'intérêt. Pour compléter le tout, il faut souligner une autre disposition de l'hypothèque qui révèle que la débitrice hypothécaire avait déjà payé six pour cent de l'intérêt dû pendant la durée de l'hypothèque, et [TRADUCTION] «par conséquent seul un intérêt de treize pour cent par an est exigible à l'égard de cette hypothèque».

Si l'on réduit la clause de remboursement aux seuls mots traitant du calcul et du paiement de l'intérêt, elle se lit comme suit:

[TRADUCTION] ... avec intérêt au taux de dix-neuf (19%) pour cent par an ... et l'intérêt mensuel audit taux, tant avant qu'après échéance et tant avant qu'après défaut, sur la partie du principal impayé à différentes époques, sera dû et exigible le 16 de chaque mois de chaque année jusqu'à parfait paiement du capital; le premier paiement d'intérêt, devant être calculé à compter du 16 août 1974 sur le capital total garanti aux présentes, sera dû et exigible le 16 septembre 1974.

Il faut souligner que:

a) la clause de remboursement ne comporte aucune disposition visant à composer l'intérêt, à la différence de la partie qui traite du calcul et du paiement de l'intérêt en cas de défaut;

(b) there is no reference to the interval for the calculation of interest, either half yearly, quarterly, monthly, or at any other periodic interval;

(c) there is no explanation as to whether the interest shall be calculated in advance or not in advance;

(d) while the first payment of interest is described as being computed from a specific date and payable on a specific date one month later, no direction is made as to how subsequent payments of interest are to be computed except that interest shall become due and payable on the unpaid principal from time to time outstanding on the 16th days of each and every month.

The term of the mortgage ran from the 16th day of August, 1974 until the 16th day of August, 1977 when the entire principal sum secured fell due and became payable. The parties agreed that during the term of the mortgage the method of calculation of interest used by the mortgagee was as follows:

The subject mortgage calls for interest monthly at the rate of 19 per cent per annum. Six per cent interest on the full amount advanced and secured by the mortgage for the full term of the mortgage was paid in advance. No further calculations were made with respect to the interest paid in advance and for the purpose of all further calculations of interest the annual rate of 13 per cent was applied.

In calculating the amount due for interest on each monthly interest payment date the following calculation was made:

> The principal balance outstanding on the immediately preceding interest payment date was multiplied by 13 and divided by 100 and the result was multiplied by the number of days between the immediately preceding interest payment date and interest payment date in question and the resulting figure was divided by the number of days in the year.
>
> In many instances payments were received in return for partial discharges between normal interest payment dates. In such cases the payments were applied first in reduction of interest accrued on the previous principal balance on a per diem basis to the date of the payment. The balance of the payment was then applied in reduction of the principal balance outstanding under the mortgage. Interest on the new principal

b) on ne mentionne pas à quel rythme doit être calculé l'intérêt, s'il doit l'être semestriellement, trimestriellement, mensuellement ou à tout autre intervalle régulier;

c) rien n'indique si l'intérêt doit être calculé d'avance ou non;

d) on prévoit que le premier paiement d'intérêt est calculé à partir d'une date précise et est exigible à une date précise un mois plus tard alors que rien n'indique comment calculer les paiements suivants, sauf que sur le capital impayé à différentes époques, l'intérêt sera dû et exigible le 16 de chaque mois.

L'hypothèque a été en vigueur du 16 août 1974 au 16 août 1977, date à laquelle tout le montant en capital garanti est devenu dû et exigible. Les parties ont convenu qu'au cours de la durée de l'hypothèque, le mode de calcul de l'intérêt qu'a utilisé le créancier hypothécaire était le suivant:

[TRADUCTION] L'hypothèque en cause porte intérêt payable mensuellement au taux de 19 pour cent par an. Six pour cent d'intérêt sur le montant total prêté et garanti par l'hypothèque ont été payés à l'avance pour toute la durée de l'hypothèque. Aucun autre calcul n'a été fait concernant l'intérêt payé d'avance et le taux annuel de 13 pour cent a été utilisé aux fins de tous les autres calculs d'intérêt.

Pour établir le montant d'intérêt dû à la date de chaque paiement mensuel d'intérêt, on a procédé au calcul suivant:

> Le capital impayé à la date du dernier paiement d'intérêt a été multiplié par 13 et divisé par 100; le résultat a été multiplié par le nombre de jours entre la date du dernier paiement d'intérêt et la date de paiement d'intérêt visée; le résultat a été divisé par le nombre de jours dans l'année.
>
> A plusieurs reprises, des paiements ont été faits entre les dates normales de paiement d'intérêt en échange de quittances partielles. Dans ces cas, les paiements ont d'abord été imputés à l'intérêt accumulé sur le solde en capital précédent, à tant par jour jusqu'à la date du paiement. Le solde du paiement a ensuite été imputé au capital impayé garanti par l'hypothèque. L'intérêt sur le nouveau solde était alors calculé de la

balance would then be calculated on the same basis for the balance of the normal interest payment period to determine the amount of interest owing on the next normal interest payment date.

(Excerpted from that part of the appellants' factum with which the respondent agreed.)

The mortgagee, by this method of calculation, interprets the mortgage to say that interest shall be computed at the rate of thirteen per cent per annum and payable monthly on the 16th day of each month on the principal balance outstanding during that month. This interpretation assumes that the mortgage provides for interest at the rate of thirteen per cent per annum calculated yearly and payable monthly on the 16th day of each and every month on the balance outstanding during the monthly period just completed. The mortgagor, on the other hand, says that the overriding consideration is that the mortgagee shall have received by way of interest at the end of the term of the mortgage a sum equal to thirteen per cent per annum on the principal sum from time to time outstanding. Interest under the mortgage was to be calculated annually and paid monthly rather than calculated monthly and paid monthly. The mortgagor claimed that the amount required to discharge the mortgage on August 16, 1977 was $1,642,454.40 based upon the fact that interest had been erroneously calculated monthly and paid monthly. In taking this position, the mortgagor relies upon the "re-investment principle".

The mortgage includes a provision entitling the mortgagor to prepay the principal sum in whole or in part. It is difficult to find anything in the mortgagor's proposed interpretation of the terms to cover the computation of interest on a fluctuating principal outstanding. If the calculation were made at the beginning of the year, the mortgagee would be overcompensated; and if such calculation were made at the end of the year, the mortgagee would be undercompensated; but if the calculation is made at various times in the year by reference to the fluctuating principal outstanding, then the mortgagor's interpretation of the interest clause is inadequate to the task unless the further assumption is made that there will be an interest adjustment at the end of the year to bring the net cost of

même façon pour le reste de la période normale de paiement d'intérêt en vue d'établir le montant d'intérêt dû à la date normale de paiement d'intérêt suivante.

(Citation d'un passage du mémoire des appelants à laquelle l'intimée souscrit.)

Par ce mode de calcul, la créancière hypothécaire interprète l'hypothèque de manière que l'intérêt soit calculé au taux de treize pour cent par an et soit payable mensuellement le 16 de chaque mois sur le solde impayé du capital au cours de ce mois. Cette interprétation suppose que l'hypothèque prévoit un intérêt au taux de treize pour cent par an calculé annuellement et payable mensuellement le 16 de chaque mois sur le solde impayé au cours du mois qui vient de se terminer. Par contre, la débitrice hypothécaire prétend que ce qui importe surtout, c'est que la créancière hypothécaire ait reçu, en intérêt, à l'expiration de la durée de l'hypothèque, une somme égale à treize pour cent par an du capital demeurant impayé à certaines époques. Aux termes de l'hypothèque, l'intérêt devait être calculé annuellement et payé mensuellement, et non pas calculé mensuellement et payé mensuellement. La débitrice hypothécaire prétend que le montant requis pour acquitter l'hypothèque le 16 août 1977 est de $1,642,454.40, étant donné que, par erreur, l'intérêt avait été calculé mensuellement et payé mensuellement. A l'appui de cette prétention, la débitrice invoque le «principe de réinvestissement».

Une disposition de l'hypothèque permet à la débitrice hypothécaire de payer par anticipation la totalité ou une partie du capital. Il est difficile de trouver dans l'interprétation que propose la débitrice hypothécaire quoi que ce soit visant le calcul de l'intérêt sur un montant variable de capital impayé. Si le calcul est fait au début de l'année, la créancière hypothécaire touche plus que ce à quoi elle a droit; et si ce calcul est fait à la fin de l'année, elle touche moins que ce à quoi elle a droit. Mais si ce calcul est fait à diverses époques de l'année par rapport au montant variable de capital impayé, alors l'interprétation de la clause d'intérêt que propose la débitrice hypothécaire ne convient pas à moins de supposer en outre qu'il y aura, à la fin de l'année, un rajustement d'intérêt

money during the year to an amount which precisely equals thirteen per cent per annum on the various amounts from time to time outstanding. There appears to be no evidence in the record (unless it be in two illegible computer print-outs to which reference was not made during argument before this Court) which explains how, or if at all, this is possible without a further articulation of the interest calculation.

The parties are agreed that the difference between the mortgagee's proposed method of calculation of interest and that proposed by the mortgagor is $167,265.48.

The issue is narrowed down by the parties' agreement that we are not here concerned with a mortgage under which the payments of principal and interest are blended. Accordingly, we are not directly concerned with ss. 6, 7 and 8 of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, since s. 2 of that Act states as follows:

> **2.** Except as otherwise provided by this or by any other Act of the Parliament of Canada, any person may stipulate for, allow and exact, on any contract or agreement whatever, any rate of interest or discount that is agreed upon.

The parties have made no reference to any other Act of Parliament relating to the issue. We are therefore left for the settlement of this dispute with the terms of the mortgage itself. The problem is a simple contest between the opening specification that interest payable shall be at nineteen per cent per annum without any reference to compounding or computation and payment of interest, and the second reference to interest which makes it payable monthly without any reference to "not in advance". Dupont J., hearing the application in the first instance in Weekly Court, concluded that the appellant-mortgagee's position was "the more convincing in the light of existing case law", but as that conclusion was contrary to that reached with reference to an identical interest payment clause in a mortgage by a fellow member of the High Court

pour ramener le loyer net de l'argent au cours de l'année à un montant qui équivaut exactement à treize pour cent par an sur les divers montants impayés à certaines époques. Il ne paraît y avoir aucune preuve au dossier (si ce n'est dans deux listages illisibles qui n'ont pas été mentionnés au cours des plaidoiries devant cette Cour) qui explique comment cela est possible sans autre éclaircissement du calcul de l'intérêt, ou même si c'est possible.

Les parties conviennent que la différence entre le mode de calcul de l'intérêt que propose la créancière hypothécaire et celui que propose la débitrice est de $167,265.48.

Le débat est limité par l'accord des parties qu'il ne s'agit pas ici d'une hypothèque aux termes de laquelle les paiements du principal et de l'intérêt sont confondus. Par conséquent, les art. 6, 7 et 8 de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18, ne nous concernent pas directement vu l'art. 2 de la Loi:

> **2.** Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi du Parlement du Canada, une personne peut stipuler, allouer et exiger, dans tout contrat ou convention quelconque, le taux d'intérêt ou d'escompte qui est arrêté d'un commun accord.

Les parties n'ont cité aucune autre loi du Parlement se rapportant à la question en litige. Par conséquent, il ne nous reste, pour régler ce litige, que les termes de l'hypothèque elle-même. Le problème est un simple affrontement entre la stipulation introductive que l'intérêt à payer est de dix-neuf pour cent par an sans mention de l'intérêt composé ni du calcul et du paiement de l'intérêt d'une part et la deuxième mention de l'intérêt qui le rend payable mensuellement sans que soit précisé «non d'avance» d'autre part. Le juge Dupont, qui a entendu la demande en première instance en Cour des sessions hebdomadaires, a conclu que la position de la créancière hypothécaire-appelante était [TRADUCTION] «la plus convaincante à la lumière de la jurisprudence», mais comme cette conclusion était contraire à celle d'un collègue de la Haute Cour de l'Ontario dans *Re Fobasco Ltd.*

of Ontario in *Re Fobasco Ltd. and Abrams et al.*[2], he elected to refer the case to the Court of Appeal of Ontario pursuant to the provisions of s. 35 of *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, c. 228. Arnup J.A., on behalf of the Court, after a thorough review of the authorities, came to the conclusion that the interpretation placed upon the interest payment clause in the mortgage by the respondent-mortgagor was correct and directed the payment out of moneys in court to the respondent-mortgagor accordingly.

There is an amazing paucity of discussion in the courts as to the meaning of the common commercial expression "per centum per annum". Both counsel relied upon the judgment of Anglin J. in this Court in *Standard Reliance Mortgage Corporation v. Stubbs*[3]. In the mortgage then before the Court the mortgagor was required to pay a specified constant sum monthly, which included both interest and principal, and thereafter the mortgage stipulated that the rate of interest chargeable on the principal was "ten per cent per annum". The Court found this to be a blended mortgage and consequently applied the *Interest Act*, *supra*. Nonetheless, the courts addressing that issue, in those proceedings, were required to interpret the expression "ten per cent per annum" where it appeared without any qualification concerning compounding or payment in advance or not in advance. By reason of the blended monthly payment, however, the mortgage did provide in effect for interest payable monthly, calculated at the rate of ten per cent per annum. Some of the discussion, particularly at p. 439 of the report, appears to deal with the question of interest under mortgages generally. Anglin J. observed:

> Ten per cent per annum computed monthly is a rate materially higher than ten per cent per annum computed yearly.

This, of course, is of no assistance in answering the question as to what interest is payable under a given mortgage provision. Later on the same page it is said:

[2] (1977), 13 O.R. (2d) 342.
[3] (1917), 55 S.C.R. 422.

and Abrams et al.[2], concernant une stipulation de paiement d'intérêt identique dans une hypothèque, il a choisi de déférer la cause à la Cour d'appel de l'Ontario conformément à l'art. 35 de *The Judicature Act*, R.S.O. 1970, chap. 228. Au nom de la Cour d'appel, le juge Arnup a conclu, après un examen approfondi de la jurisprudence, que l'interprétation que donnait la débitrice hypothécaire intimée à la clause de paiement d'intérêt de l'hypothèque était la bonne et il a par conséquent ordonné que cette dernière soit payée à même les deniers consignés à la cour.

Les discussions des tribunaux sur le sens de l'expression commerciale courante «pour cent par an» sont étonnamment rares. Les deux avocats ont invoqué la décision du juge Anglin de cette Cour dans l'affaire *Standard Reliance Mortgage Corporation c. Stubbs*[3]. Dans l'hypothèque alors en cause, le débiteur hypothécaire devait payer chaque mois une somme précise et fixe qui comprenait à la fois l'intérêt et le principal, et l'hypothèque prévoyait ensuite que le taux d'intérêt à payer sur le principal était de «dix pour cent par an». La Cour a conclu qu'il s'agissait d'une hypothèque mixte et a par conséquent appliqué la *Loi sur l'intérêt*, précitée. Néanmoins, dans cette affaire, les cours qui ont étudié cette question devaient interpréter l'expression «dix pour cent par an» qui ne comportait aucune réserve concernant l'intérêt composé ou le paiement d'avance ou non. Cependant, à cause du paiement mensuel mixte, l'hypothèque fixait en fait l'intérêt mensuel, calculé au taux de dix pour cent par an. Une partie de l'analyse, en particulier à la p. 439 du recueil, traite apparemment de la question des intérêts prévus aux hypothèques en général. Le juge Anglin souligne:

> [TRADUCTION] Un taux de dix pour cent par an composé mensuellement est nettement plus élevé que dix pour cent par an composé annuellement.

Cela, bien sûr, n'aide pas à résoudre la question de savoir quel est l'intérêt à payer aux termes d'une disposition hypothécaire donnée. On peut noter plus loin, à la même page:

[2] (1977), 13 O.R. (2d) 342.
[3] (1917), 55 R.C.S. 422.

If the rate be stated to be say 10% per annum, although this is not an explicit statement that the interest is to be computed yearly, such a computation is implied, and I should regard it as a sufficient statement to that effect and as precluding the computation of interest on any other than a yearly basis.

This statement is no doubt satisfactory so far as it goes, but it is not, in its terms, broad enough to embrace the present situation where the mortgagor can prepay the principal secured in whole or in part, possibly on several occasions in a single year. It must also be considered in the context of that which follows later in the same paragraph:

Unless the contrary is expressly stipulated, I would read a reservation of interest at 10% per annum as precluding computation of interest in advance. That the interest in such a case is to be computed "not in advance" is, I think, the reasonable implication from the stipulation. [Underlining added.]

This, of course, is an interpretation of the words "10% per annum" when the interest clause in question contained no further direction as to the payment of interest and the words "per annum" were nowhere qualified. The statement in the mortgage in fact was:

. . . the rate of interest chargeable thereon . . . is 10 per cent per annum as well before as after default . . .

His Lordship found this wording to be a "sufficient statement of the rate of interest that is to be calculated yearly and not in advance". In this appeal, of course, the words "per cent per annum" are followed by an explicit direction as to how the interest shall be paid and the issue therefore before us is quite different, namely what inference, if any, is to be drawn from the express provision for monthly payment of interest?

The argument presented to this Court revolved around the application of what is shortly referred to as "the reinvestment principle". It has long been said, as was reported in *Standard Reliance, supra*, that interest at the rate of ten per cent per annum calculated monthly is more than ten per cent per annum calculated yearly. This is so only if one assumes the recipient of the monthly payment puts the money to work during the balance of the year

[TRADUCTION] Si l'on indique un taux, disons, de 10 pour cent par an, bien que ce ne soit pas une indication expresse que l'intérêt doit être calculé annuellement, ce calcul est implicite, et je dois considérer qu'il s'agit d'une déclaration suffisante à cet égard qui interdit le calcul de l'intérêt autrement qu'annuellement.

Cet énoncé est certes satisfaisant dans ce contexte, mais il n'est pas, par ses termes, assez large pour englober la situation actuelle où le débiteur hypothécaire peut rembourser par anticipation une partie ou la totalité du capital garanti, possiblement en plusieurs versements au cours d'une même année. Il faut en outre l'examiner dans le contexte de ce qui suit au même alinéa:

[TRADUCTION] Sauf disposition contraire expresse, je dirais qu'une réserve d'intérêt à dix pour cent par an interdit de calculer l'intérêt d'avance. A mon avis, cette disposition a pour conséquence logique que, dans un tel cas, l'intérêt doit être calculé «non d'avance». (C'est moi qui souligne.)

Il s'agit, bien sûr, d'une interprétation des mots «dix pour cent par an» lorsque la clause d'intérêt en cause ne comporte aucune autre indication quant au paiement de l'intérêt et que les mots «par an» ne sont précisés nulle part. La clause et l'hypothèque se lisait en fait:

[TRADUCTION] . . . le taux d'intérêt imputable . . . est de 10 pour cent par an tant avant qu'après défaut . . .

Sa Seigneurie a conclu que ces mots étaient [TRADUCTION] «un énoncé suffisant pour que le taux d'intérêt soit calculé annuellement et non d'avance». Bien sûr, en l'espèce, les mots «pour cent par an» sont suivis d'une indication expresse concernant la façon de payer l'intérêt, et la question dont nous sommes saisis est par conséquent tout à fait différente, savoir, quelle conclusion faut-il au besoin tirer de la disposition expresse visant le paiement mensuel de l'intérêt?

Les débats devant cette Cour ont tourné autour de l'application de ce qu'on appelle «le principe de réinvestissement». On admet depuis longtemps, comme l'arrêt *Standard Reliance*, précité, l'indique, que l'intérêt au taux de dix pour cent par an calculé mensuellement est supérieur à dix pour cent par an calculé annuellement. Il en est ainsi seulement si l'on suppose que le bénéficiaire du paiement mensuel réinvestit l'argent pour le reste

and consequently accumulates interest on interest. Such is not the case if x per cent per annum is payable annually. If one does not make the assumption that the interest is reinvested during the balance of the year then ten per cent per annum is the same whether paid annually or monthly. Hence the issue here really involves the application, as a quasi-rule of law, of the reinvestment principle.

The settlement of this question is not made easier by the realization that the investment world, according to the material put before the courts by the appellant, has for some time carried on business on the basis that the reinvestment principle does not operate unless expressly invoked by the terms of the mortgage.

Arnup J.A., speaking for the court below, concluded:

> . . . that the mortgage is to be read as if the provision for interest were for interest at 13% per annum calculated yearly not in advance, but payable monthly.

He thereupon applied the so-called "reinvestment principle" taking care to point out that such does not involve a rule of law:

> Rather it is a part of the exercise of logic by which, in addition to the persuasive value of the mathematics concerned, one can be satisfied that a mortgagee who is entitled to receive x% per annum calculated yearly is not being cheated if at the end of the first month he receives less than 1/12 x, and so on throughout the year. By the use of the proper interest factor, and by applying the logic of the theory of reinvestment of the proceeds of interest payments made from time to time, the mortgagee at the end of 12 months will end up with precisely what his contract entitles him to, namely, x% on the principal advanced and outstanding, calculated yearly, not in advance.

The problem must, of course, be approached as fundamentally one of contract construction. Where the term "per annum" is unqualified by other expressions in the mortgage, the cases have consistently found that it means calculated and payable per annum. However, it also must be borne in mind that interest, however payable, accrues on a *per diem* basis, as was stated by the

de l'année et gagne ainsi un intérêt sur l'intérêt. Ce n'est pas le cas si tant pour cent par an est payable annuellement. Si l'on ne suppose pas que l'intérêt est réinvesti durant le reste de l'année, alors dix pour cent par an a la même valeur, peu importe qu'il soit payé annuellement ou mensuellement. Ainsi, la question en l'espèce soulève réellement l'application, comme une quasi-règle de droit, du principe de réinvestissement.

La solution à cette question n'est pas simplifiée quand on constate, suivant les documents que l'appelante a soumis aux tribunaux, que dans le monde de l'investissement, on considère depuis un bon moment que le réinvestissement ne joue que si l'hypothèque le prévoit expressément.

Au nom de la Cour d'appel, le juge Arnup conclut:

> [TRADUCTION] . . . que l'hypothèque doit s'interpréter comme si la clause d'intérêt prévoyait un intérêt de 13 pour cent par an calculé annuellement, non d'avance, mais payable mensuellement.

Il a donc appliqué le principe dit «de réinvestissement» en prenant soin de souligner que ce principe ne fait pas jouer de règle de droit:

> [TRADUCTION] C'est plutôt une partie de l'exercice de logique suivant lequel, outre la valeur persuasive des chiffres en jeu, on peut constater qu'un créancier hypothécaire qui a le droit de recevoir tant pour cent par an calculé annuellement, n'est pas frustré si, à la fin du premier mois, il reçoit moins de un douzième de tant, et ainsi de suite jusqu'à la fin de l'année. En employant le facteur d'intérêt qui convient et en appliquant la logique de la théorie du réinvestissement du produit des paiements d'intérêt faits à différentes époques, le créancier hypothécaire aura reçu, à l'expiration de douze mois, exactement ce à quoi lui donne droit son contrat, c'est-à-dire tant pour cent du capital avancé et impayé, calculé annuellement, non d'avance.

Il faut bien sûr envisager le problème comme essentiellement un problème d'interprétation du contrat. Lorsque l'expression «par an» est placée seule dans l'hypothèque, la jurisprudence a toujours conclu qu'elle signifie calculé et payable par an. Cependant, il ne faut pas oublier que l'intérêt, de quelque façon qu'on le paie, court quotidienne-

Vice Chancellor in *In re Rogers' Trusts*[4], at p. 341:

In the present case, the interest payable on the debentures, though payable half-yearly, is not an entirety, but is an accumulation of each day's interest, which accrues *de die in diem*; and which, though not presently payable, is still due.

The Court observed that while the instrument in question was a debenture it stood "in the same position as a mortgage".

Here the mortgage does not stipulate that interest shall be calculated in advance or not in advance, nor does it stipulate expressly that interest shall be calculated annually or monthly. One question therefore which must be answered is whether the expression "nineteen per cent per annum" controls or dominates the expression "payable monthly . . . on such portion of principal as remains from time to time unpaid . . .". Since the *Interest Act*, *supra*, does not apply, we are not assisted by the requirement in s. 6 of the Act that a mortgage state the rate of interest chargeable calculated yearly or half yearly not in advance. I therefore find the cases dealing with blended payments which import the terms of the *Interest Act*, *supra*, to be of little or no assistance construing the contractual provision set out in this mortgage. If, for example, the terms of the contract, given their plain meaning, have the effect of establishing a higher real rate of return on the principal sum, the result is not invalidated because of the difference between the nominal rate and the effective rate. This is of vital concern under the *Interest Act* but otherwise wholly dependent on the terms of the mortgage.

Furthermore, we are not concerned with considerations relating to compound interest, or even the distinction between interest in advance or not in advance, as none of these expressions are employed in the mortgage. Similarly, the text by H. Woodard, *Canadian Mortgages*, 1959, is quoted by Arnup J. A. and by other courts where interest computation has come up for examination, but it is of little or no assistance in resolving the

[4] (1860), 1 DR. & SM. 338.

ment, comme le souligne le vice-chancelier dans *In re Rogers' Trusts*[4], à la p. 341:

[TRADUCTION] En l'espèce, l'intérêt à payer sur les obligations, bien que payable semestriellement, n'est pas un tout, mais une accumulation de l'intérêt quotidien qui court d'un jour à l'autre, et qui, sans être exigible immédiatement, est quand même dû.

La Cour a fait remarquer que même si l'effet de commerce en question était une obligation, il était [TRADUCTION] «dans la même situation qu'une hypothèque».

L'hypothèque ici ne stipule pas que l'intérêt doit être calculé d'avance ou non, et elle ne stipule pas de façon expresse que l'intérêt doit être calculé annuellement ou mensuellement. Une question à laquelle il faut cependant répondre est de savoir si l'expression «dix-neuf pour cent par an» commande ou domine l'expression «l'intérêt mensuel . . . sur la partie du capital impayé à différentes époques, sera dû et exigible . . .». Puisque la *Loi sur l'intérêt*, précitée, ne s'applique pas, l'art. 6 de la Loi qui dispose que l'hypothèque doit énoncer le taux d'intérêt exigible calculé annuellement ou semestriellement non d'avance, ne nous est d'aucun secours. Je conclus donc que les décisions relatives aux paiements mixtes qui emploient les termes de la *Loi sur l'intérêt*, précitée, n'aident peu ou pas à interpréter la disposition contractuelle que comporte la présente hypothèque. Si, par exemple, les termes du contrat, compte tenu de leur sens ordinaire, ont pour effet d'établir un taux de rendement réel du capital plus élevé, le résultat n'est pas invalidé à cause de la différence entre le taux nominal et le taux effectif. C'est une préoccupation essentielle en vertu de la *Loi sur l'intérêt*, mais par ailleurs entièrement subordonnée aux termes de l'hypothèque.

En outre, nous n'avons pas à nous préoccuper de l'intérêt composé, ni même de la distinction entre l'intérêt calculé d'avance ou non, puisque l'hypothèque n'emploie aucune de ces expressions. Le juge Arnup, de même que d'autres tribunaux qui se sont penchés sur le calcul de l'intérêt, cite un extrait de l'ouvrage de H. Woodard, *Canadian Mortgages*, 1959, mais cet extrait n'aide en rien à résoudre les problèmes qui se posent ici. Il faut

[4] (1860), 1 DR. & SM. 338.

problems here. It must be recognized at once that the learned author's observations on expressions frequently occurring in mortgages are predicated on the proposition that:

> . . . all interest mathematics are based on the theory that the lender re-invests the interest received from time to time, at the same rate [as specified in the mortgage].

Aside from the fact that there is no such rule or principle of law (and Arnup J.A. indeed has pointed this out), the discussion of the reinvestment theory, in the portion of the text quoted by the Court of Appeal, is directed to the circumstance arising where interest is payable more frequently than once in each compounding or computation interval. Here we are not concerned with compound interest but rather with an agreed procedure for the payment of interest as expressed in the mortgage. There is nothing in the mortgage contract establishing a deemed reinvestment mechanism and, as already stated, the doctrine is not imported as a principle of law.

From a practical viewpoint, the assumption that the lender will reinvest interest payments when received at the rate specified in the mortgage is tantamount to establishing, without express agreement between the parties, a mythical interest fund owned by the mortgagee (since the interest has been paid to him under the contract by the mortgagor) but whose mythical earnings are credited to the mortgagor (because they reduce his interest liability) without any right in ownership, statutory provision, or term of contract to support the practice. Furthermore, the assumed reinvestment proceeds are not subjected to any charge or credit for the cost of reinvestment incurred by the mortgagee, his bad debts in the lending business, fluctuating interest rates, and indeed, are calculated without any reference to the capacity or ability of the mortgagee in fact to reinvest the proceeds.

A different situation may well arise where the mortgage specifically provides for a calculation period different from the payment period. We are not here concerned with any such conflict; nor are we concerned with the situation where principal payments are made after the date upon which

reconnaître immédiatement que les commentaires du savant auteur sur les expressions qu'on rencontre souvent dans les hypothèques s'appuient sur la prémisse que:

> [TRADUCTION] . . . tous les calculs d'intérêt sont fondés sur la théorie que le prêteur réinvestit au même taux [que celui prévu à l'hypothèque] l'intérêt reçu à différentes époques.

A part l'absence de règle ou de principe juridique en ce sens (ce que le juge Arnup a bien souligné), l'analyse de la théorie du réinvestissement, dans l'extrait que cite la Cour d'appel, vise le cas où l'intérêt est payable plus fréquemment qu'à chaque intervalle de calcul de l'intérêt simple ou composé. Il ne s'agit pas ici d'intérêt composé, mais plutôt d'un mode convenu de paiement de l'intérêt énoncé à l'hypothèque. L'acte d'hypothèque ne prévoit pas l'établissement d'un mécanisme de réinvestissement, et, comme je l'ai déjà dit, cette doctrine n'est pas admise comme principe de droit.

D'un point de vue pratique, l'hypothèse que le prêteur réinvestira, dès réception, les paiements d'intérêt au taux précisé à l'hypothèque équivaut à établir, sans accord exprès entre les parties, un fonds mythique d'intérêt qui appartient au créancier hypothécaire (puisqu'aux termes du contrat, c'est à lui que le débiteur a payé l'intérêt), mais dont le produit mythique est porté au crédit du débiteur hypothécaire (parce qu'il diminue sa dette d'intérêt) sans aucun droit de propriété et sans aucune disposition de la loi ou du contrat à l'appui de cette pratique. En outre, les revenus hypothétiques de réinvestissement ne tiennent pas compte des frais de réinvestissement du créancier hypothécaire, des créances irrécouvrables, de la fluctuation des taux d'intérêt, et ces revenus sont, bien sûr, calculés sans tenir compte de la capacité ou de la possibilité qu'a, dans les faits, le créancier hypothécaire de réinvestir ces revenus.

La situation peut être différente lorsque l'hypothèque prévoit spécifiquement une période de calcul différente de la période de paiement. Ce problème ne se pose pas en l'espèce et nous n'avons pas à étudier la situation où les paiements de

interest is calculated and before the date on which interest is payable.

The exercise of prepayment privileges is another matter. Unless, as in the *Rogers*' case, *supra*, interest is taken to accrue daily, the necessary flexibility to accommodate intermittent prepayments by the mortgagor would not be present. Here the mortgage specifies that interest shall be payable on such portion of the principal as remains from time to time unpaid. This terminology does not conflict with the presumption in *Rogers*, *supra*. On the other hand, if the mortgagor is correct and interest is calculated at the end of the year on the principal then outstanding, it would not be possible (without additional terms in the contract) to give credit for prepayment of principal during the year in respect of which interest has already been paid monthly. If it is possible to make such a calculation when a sequence of prepayments occurs within a one-year period, such would certainly entail a considerable calculation, probably in practice beyond the competence of all but a tiny minority of mortgagors.

Mention was made above of a reference late in the mortgage that:

> . . . accordingly interest is only chargeable in accordance with this mortgage at the rate of thirteen per cent (13%) per annum;

This is no more than a restatement of the nominal rate of interest applicable in accordance with the other terms of the mortgage and neither adds to nor subtracts from the claim made by the mortgagee.

There have been a number of lower court decisions in Ontario as well as elsewhere concerning the computation and payment of interest, and the Court of Appeal, in examining those authorities, applied the principles derived mainly from three of them: *Re Miglinn and Castleholm Construction Ltd.*[5]; *Re Tilson et al. and Dougherty*[6]; and *Re Fobasco Ltd. and Abrams et al.*, *supra*. In the cases of *Miglinn* and *Tilson*, *supra*, the courts

[5] (1974), 5 O.R. (2d) 444.
[6] (1975), 8 O.R. (2d) 203.

capital sont faits après la date du calcul de l'intérêt et avant la date à laquelle l'intérêt doit être payé.

L'exercice des privilèges de paiements anticipés est une autre question. A moins d'admettre, comme dans l'affaire *Rogers*, précitée, que l'intérêt court quotidiennement, on n'aurait pas la souplesse suffisante pour tenir compte des paiements anticipés faits par le débiteur hypothécaire par intermittence. En l'espèce, l'hypothèque précise que l'intérêt sera payable sur la partie du capital impayé à différentes époques. Cette terminologie ne contredit pas la présomption reconnue dans l'arrêt *Rogers*, précité. Par contre, si la débitrice hypothécaire a raison et que l'intérêt se calcule à la fin de l'année sur le capital impayé, il ne serait pas possible (sans ajouter de clauses au contrat) de créditer les paiements anticipés en capital faits au cours de l'année à l'égard de laquelle l'intérêt a déjà été payé mensuellement. S'il était possible d'effectuer un tel calcul lorsque se présente une série de paiements anticipés au cours d'une même année, cela entraînerait certainement beaucoup de calculs, en fait probablement hors de la portée de presque tous les débiteurs hypothécaires.

J'ai déjà parlé d'une mention à la fin de l'hypothèque suivant laquelle

> [TRADUCTION] . . . par conséquent seul un intérêt de treize pour cent (13%) par an est exigible à l'égard de cette hypothèque.

Il s'agit simplement d'une reformulation du taux d'intérêt nominal applicable selon les autres clauses de l'hypothèque et cela n'ajoute ni n'enlève rien à la réclamation du créancier hypothécaire.

Les tribunaux d'instance inférieure, en Ontario et ailleurs, ont rendu un certain nombre de décisions relatives au calcul et au paiement de l'intérêt et, à l'étude de ces décisions, la Cour d'appel a appliqué les principes tirés essentiellement de trois d'entre elles: *Re Miglinn and Castleholm Construction Ltd.*[5]; *Re Tilson et al. and Dougherty*[6]; ainsi que *Re Fobasco Ltd. and Abrams et al.*, précitée. Dans *Miglinn* et *Tilson* précitées, les

[5] (1974), 5 O.R. (2d) 444.
[6] (1975), 8 O.R. (2d) 203.

were concerned primarily with the application of the *Interest Act*, *supra*, to blended payments of principal and interest made under a mortgage, whereas in *Fobasco*, *supra*, the repayment provision is identical, word for word, to that in the mortgage now before us. In the Divisional Court decision in *Tilson*, *supra*, Goodman J., speaking for the court, introduced the concept of reinvestment of interest as received from time to time at a deemed rate of interest equal to that stipulated in the mortgage. *Fobasco*, *supra*, applied this concept to the construction of the clause identical to the present one. Keith J. concluded:

> ... that when a specific rate of interest is contracted for, compounded annually but payable monthly, not in advance, the monthly payments must not be such as to result in a higher yield to the mortgagee than that stipulated for. (p. 345)

This conclusion is reached after reference to the *Tilson* case, *supra*, and to *Canadian Mortgages* by Woodard, *supra*. The reference to compounded interest may be unintended as there is no reference to compounding in the repayment clause of the mortgage but more likely is the result of a concession made by counsel in that case that the reinvestment principle is applicable to mortgage interest but only where payments are blended and where compounding is to be effective at longer than monthly intervals. This, of course, is not the case here. Cases such as *Tilson* and *Miglinn*, and indeed *Standard Reliance*, *supra*, dealing with the problem of blended payments, are helpful only where terms common to mortgages without blended payments are before the court.

An analysis of these cases brings us back to the applicability or otherwise of the concept or principle of reinvestment. We are concerned here with an interest clause which prescribes a nominal rate of interest, that is to say a rate of interest which is unqualified by any provision requiring the lender to reinvest interest as and when paid during an interest calculation period. Interest received during a year is not, by the terms of the contract, required

tribunaux devaient décider essentiellement de l'application de la *Loi sur l'intérêt*, précitée, aux paiements mixtes de principal et d'intérêt effectués aux termes d'une hypothèque, alors que dans *Fobasco*, précitée, la disposition relative au remboursement est identique, mot pour mot, à celle de l'hypothèque en l'espèce. Dans l'affaire *Tilson*, précitée, le juge Goodman, qui s'est prononcé au nom de la Cour divisionnaire, a introduit le concept de réinvestissement de l'intérêt reçu à différentes époques, à un taux d'intérêt réputé égal à celui prévu à l'hypothèque. Dans l'affaire *Fobasco*, précitée, on a appliqué ce concept à l'interprétation de la clause identique à celle qu'on retrouve dans l'espèce. Le juge Keith conclut:

> [TRADUCTION] ... que lorsqu'on s'engage par contrat à payer un taux d'intérêt précis, composé annuellement mais payable mensuellement, non d'avance, les paiements mensuels ne doivent pas avoir pour effet d'accorder au créancier hypothécaire un revenu plus élevé que celui stipulé au contrat. (à la p. 345)

Il en vient à cette conclusion après avoir cité *Tilson*, précitée, ainsi que *Canadian Mortgages* de Woodard, précité. Comme il n'est pas question d'intérêt composé dans la clause de remboursement de l'hypothèque, cette mention de l'intérêt composé peut être involontaire, mais il est plus probable qu'elle fasse suite à une concession de l'avocat au dossier portant que le principe de réinvestissement s'applique à l'intérêt hypothécaire, mais seulement si les paiements sont mixtes et si l'intérêt composé doit prendre effet à des intervalles de plus d'un mois. Bien sûr, ce n'est pas le cas en l'espèce. Des décisions comme *Tilson, Miglinn* et même *Standard Reliance*, précitées, qui traitent du problème des paiements mixtes, ne sont utiles que si la cour est appelée à se prononcer sur des termes qui sont communs à des hypothèques qui ne prévoient pas de paiements mixtes.

Un examen de ces décisions nous ramène à l'applicabilité du concept ou du principe de réinvestissement. Il s'agit en l'espèce d'une clause d'intérêt qui prescrit un taux d'intérêt nominal, c'est-à-dire un taux d'intérêt qui n'est assorti d'aucune disposition obligeant le prêteur à réinvestir l'intérêt payé au cours d'une période de calcul de l'intérêt. Suivant les termes du contrat, l'intérêt reçu au cours d'une année n'a pas à être utilisé de

to be productively employed for the remainder of the year, and hence the rate is a nominal or pure rate of interest to be used in calculating the amount to be paid by the borrower. When one is considering a mortgage repayment clause specifying blended payments of principal and interest to which s. 6 of the *Interest Act*, *supra*, applies, the statute requires a statement of "the rate of interest chargeable thereon calculated yearly or half yearly, not in advance". The issue is different when the *Interest Act*, *supra*, does not apply because the parties are free to reach any agreement with respect to the payment of interest. The issue here is simply, what interest is required by the terms of the contract? In *Miglinn*, *supra*, and other cases in the Ontario courts, including *Hudolin v. Premier Trust Co.*[7], the courts were concerned with blended payments and the application of s. 6, and in the latter case with a repayment clause substantially different from that before us now. In *Hudolin*, *supra*, the interpretation of the clause was affected by the consideration that payments during the interest computation interval were applied against principal and when the mortgagor was not credited with such payments the nominal rate of interest was not properly applied; or put another way, interest paid was not that which the application of the nominal rate required. The interest stipulation there further proscribed the charging of interest in advance.

During the course of argument a question was raised whether the deemed reinvestment principle should apply even if the mortgage provided that interest was to be computed and payable monthly but at an annual rate. Counsel for the respondent rejected this position and agreed with the view of counsel for the appellants that if the mortgage provided that interest should be calculated and payable monthly at an annual rate the mortgagee should succeed.

Although the line of reasoning which commends itself to me is that based upon the interpretation of a mortgage contract reached by parties free from

[7] (1977), 17 O.R. (2d) 257.

façon à produire un revenu pour le reste de l'année; ainsi, le taux qui doit servir au calcul du montant que l'emprunteur doit payer est un taux d'intérêt nominal ou pur. Lorsqu'on examine une clause de remboursement d'hypothèque prévoyant des paiements mixtes de capital et d'intérêt à laquelle s'applique l'art. 6 de la *Loi sur l'intérêt*, précitée, la loi exige d'énoncer le «taux de l'intérêt exigible à son égard, calculé annuellement ou semestriellement, mais non d'avance». La question est différente lorsque la *Loi sur l'intérêt*, précitée, ne s'applique pas, puisque les parties sont libres de conclure quelque convention que ce soit concernant le paiement de l'intérêt. La question en l'espèce est simplement d'établir l'intérêt requis aux termes du contrat. Dans l'affaire *Miglinn*, précitée, ainsi que dans d'autres affaires soumises aux tribunaux ontariens, y compris l'affaire *Hudolin v. Premier Trust Co.*[7], le litige portait sur des paiements mixtes et l'application de l'art. 6 et, dans la dernière affaire, sur une clause de remboursement sensiblement différente de celle qui nous est soumise. Dans l'affaire *Hudolin*, précitée, l'interprétation de la clause se compliquait du fait que les paiements effectués durant l'intervalle de calcul de l'intérêt étaient affectés au remboursement du capital et, quand ces paiements n'étaient pas portés au crédit du débiteur hypothécaire, le taux d'intérêt nominal n'était pas respecté; ou, en d'autres mots, l'intérêt payé n'était pas celui qu'exigeait l'application du taux nominal. Dans cette affaire, la clause relative à l'intérêt interdisait en outre d'exiger l'intérêt à l'avance.

Au cours des plaidoiries, on a soulevé la question de savoir si le prétendu principe de réinvestissement doit s'appliquer même si l'hypothèque prévoit que l'intérêt est calculé et exigible mensuellement mais à un taux annuel. L'avocat de l'intimée a rejeté cette proposition et s'est rallié à l'opinion de l'avocat des appelants que le créancier hypothécaire doit avoir gain de cause si l'hypothèque prévoit que l'intérêt se calcule et est exigible mensuellement à un taux annuel.

Même si le raisonnement que j'approuve s'appuie sur l'interprétation d'une hypothèque que les parties ont conclue en dehors des contraintes de la

[7] (1977), 17 O.R. (2d) 257.

any strictures of the *Interest Act*, *supra*, it may be that in the process one is in reality reaching a policy decision on the appropriate interpretation of the expressions "per cent per annum" and "due and payable" all occurring in the absence of any provision forbidding the calculation of interest "not in advance". Whatever policy view one might take, we are here concerned with a rather precise financial arrangement entered into by contract in the form of a mortgage and I found my conclusion as to its interpretation squarely on the language chosen by the parties and giving it a meaning unvarnished by any mathematical practices and theories, and accordingly, I must, with the greatest respect, reach a conclusion quite different from that of the Court of Appeal.

Applying the foregoing principles and conclusions to the mortgage at hand the appellant, in my view, is entitled under the wording adopted in the mortgage by the parties to recover interest at the rate of thirteen per cent per annum computed monthly on the 16th day of each month during the term of the mortgage, with credit to the mortgagor for such prepayment privileges as have been exercised, and that the mortgagee-appellant may do so without the requirement of crediting the mortgagor-respondent with any deemed interest accumulation in respect of any such monthly payments.

These proceedings originated by a Notice of Motion purporting to be made under s. 11 of *The Mortgages Act*, R.S.O. 1970, c. 279, and Rule 612 of the Rules of Court, wherein the respondent-mortgagor sought a discharge of the mortgage on payment into court of a specified sum of money and for such "further order of this Court deeming and declaring the rights of the parties under the mortgage". The respondent in its statement of fact and law filed in response to the application asked (amongst other things) that the Court:

> (ii) direct that out of the monies standing in Court to the credit of this action there be paid out to the mortgagee:
>
> (a) the sum of $168,195.04;
>
> (b) interest thereon at the rate of 13% per annum from August 16, 1977;

Loi sur l'intérêt, précitée, il se peut que, ce faisant, on rende en réalité une décision de portée générale sur l'interprétation à donner aux expressions «pour cent par an» et «due et exigible», lorsqu'elles ne sont pas jointes à des dispositions interdisant le calcul de l'intérêt «non d'avance». Quelle que soit l'opinion de principe que l'on adopte, il s'agit ici d'un arrangement financier bien précis, conclu aux termes d'un contrat prenant la forme d'une hypothèque, et j'appuie ma conclusion quant à son interprétation sur le langage que les parties ont choisi, en lui donnant un sens dégagé des usages et des théories mathématiques; je dois par conséquent, avec égard, arriver à une conclusion tout à fait différente de celle de la Cour d'appel.

Appliquant les principes et les conclusions qui précèdent à l'hypothèque en cause, j'estime que l'appelante a droit, suivant la formulation de l'hypothèque adoptée par les parties, de recouvrer l'intérêt au taux de treize pour cent par an calculé mensuellement le 16 de chaque mois pour la durée de l'hypothèque, en créditant à la débitrice les paiements qu'elle a faits par anticipation, et que la créancière hypothécaire-appelante peut le faire sans être tenue de porter au crédit de la débitrice hypothécaire-intimée l'intérêt présumé accumulé au titre de ces paiements mensuels.

Ces procédures ont commencé par un avis de requête apparemment présenté en vertu de l'art. 11 de *The Mortgages Act*, R.S.O. 1970, chap. 279 et de la règle 612 des Règles de la Cour, par lequel la débitrice hypothécaire intimée cherchait à obtenir une quittance de l'hypothèque en consignant à la cour une somme d'argent précise, et demandait [TRADUCTION] «toute autre ordonnance de cette cour déclarant les droits des parties aux termes de l'hypothèque». Dans son exposé des faits et du droit produit en réponse à la requête, l'intimée demandait (entre autres choses) que la cour:

> [TRADUCTION] (ii) ordonne de payer à la créancière hypothécaire, à même les sommes consignées à la cour aux fins de la présente action:
>
> a) la somme de $168,195.04;
>
> b) l'intérêt sur cette somme au taux de 13% par an à compter du 16 août 1977;

(c) the mortgagee's costs of this application on a solicitor and client basis.

(iii) direct that to the extent that there is a balance of monies in Court after payment out as aforesaid that such balance be paid out to the applicant;

(iv) adjudge, order and direct that to the extent there are not sufficient monies in Court to make payment out as aforesaid in paragraph (ii) above, that the mortgagee do recover the deficiency from the applicant and from W.B. Sullivan Construction Limited and R.J. Prusac.

While the Notice of Motion and the orders issued in the courts below all make reference to subs. 8 of s. 11 no doubt the reference was intended to be to subss. 3 and 4. Section 11, however, nowhere authorizes the Court to make an order for the payment of a deficiency by the mortgagor to the mortgagee when the moneys in court are less than the moneys found to be owing. I proceed on the basis that, since this was never the subject of protest or argument either here or below so far as the record reveals, the parties are agreed that an order in the nature of a declaration as to the moneys owing will suffice for the final disposition of the issue.

As the parties have agreed here and throughout these proceedings that if the mortgagee's interpretation of the mortgage be correct, the respondent-mortgagor owes to the appellant-mortgagee "the sum of $168,195.04 plus interest thereon at thirteen per cent per annum from the 16th of August, 1977"; and as I have concluded for reasons aforesaid that the appellant-mortgagee was in law correct, the order of the Court of Appeal should be set aside and an order made as sought by the appellant in its statement before the Court of first instance as set out above; with costs to the appellant throughout.

Lest there be any doubt about the meaning of the agreed interest of thirteen per cent mentioned above, it shall be thirteen per cent per annum simple interest from August 16, 1977, until paid.

c) les frais de la présente requête supportés par la créancière hypothécaire, comme entre avocat et client.

(iii) ordonne que, dans la mesure où il reste des deniers consignés à la cour après le paiement indiqué ci-dessus, le solde soit payé à la requérante;

(iv) déclare et ordonne que, dans la mesure où les deniers consignés à la cour ne suffisent pas au paiement indiqué à l'alinéa (ii) ci-dessus, la créancière hypothécaire recouvre la différence de la requérante ainsi que de W.B. Sullivan Construction Limited et de R.J. Prusac.

Alors que l'avis de requête et les ordonnances rendues par les tribunaux d'instance inférieure mentionnent tous le par. (8) de l'art. 11, il est clair qu'on voulait mentionner les par. (3) et (4). Cependant, l'art. 11 n'autorise pas la Cour à ordonner à la débitrice hypothécaire de payer à la créancière hypothécaire une somme manquante lorsque la somme consignée à la cour est inférieure à la somme due. Je tiens pour acquis que, puisque le dossier indique que cette question n'a jamais été contestée ni débattue devant cette Cour ni devant les cours d'instance inférieure, les parties conviennent qu'une ordonnance déclaratoire concernant la somme due suffit à régler la question de façon définitive.

Comme les parties ont convenu devant cette Cour et tout au long de ces procédures que si l'interprétation de l'hypothèque que propose la créancière est bien fondée, la débitrice hypothécaire-intimée doit à la créancière hypothécaire-appelante [TRADUCTION] «la somme de $168,195.04 avec intérêt sur cette somme au taux de treize pour cent par an à compter du 16 août 1977»; et comme j'ai conclu, pour les motifs exposés ci-dessus, que la créancière hypothécaire-appelante a raison en droit, je suis d'avis d'infirmer l'ordre de la Cour d'appel et de rendre un ordre conforme aux conclusions recherchées par l'appelante dans son exposé devant la cour de première instance et énoncées ci-dessus, avec dépens à l'appelante dans toutes les cours.

Pour éviter tout doute quant à la signification de l'intérêt convenu de treize pour cent mentionné ci-dessus, il s'agit de l'intérêt simple à treize pour cent par an du 16 août 1977 jusqu'au paiement.

Appeal allowed with costs

Solicitors for the appellants: *McMillan, Binch, Toronto.*

Solicitors for the respondent: *McLean, Lyons & Kerr, Toronto.*

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: McMillan, Binch, Toronto.

Procureurs de l'intimée: McLean, Lyons & Kerr, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Abdellatif Aziz *Respondent*;

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General for Ontario, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta and the Attorney General of Newfoundland *Interveners.*

1980: October 28; 1981: January 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Power of Attorney General of Canada to institute prosecution for conspiring to import drugs — Application of decision in Hauser — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(1) — Criminal Code, ss. 2, 115(2), 423(1) — Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27 — British North America Act, ss. 91(27), 92(14).

Criminal law — Procedure — Conspiracy to import drugs — Indictment laid by Attorney General of Canada — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(1) — Criminal Code, s. 423(1).

Respondent was convicted of conspiring to import drugs in contravention of s. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, thereby committing a breach of s. 423(1) of the *Criminal Code*. The indictment was preferred by the Attorney General and signed by his agent. The accused appealed on the ground, *inter alia*, that the indictment was a nullity because the Attorney General of Canada did not have the right to prefer it. The Court of Appeal for Quebec allowed the appeal upon this ground. This judgment was rendered before the judgment of this Court in *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, but respondent argued that this decision was not conclusive because it held that the Attorney General of Canada could prefer indictments for breaches of the *Narcotic Control Act*, while in the case at bar the offence alleged, that of conspiracy, is a breach of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be allowed.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Abdellatif Aziz *Intimé*;

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta et le procureur général de Terre-Neuve *Intervenants.*

1980: 28 octobre; 1981: 27 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Pouvoir du procureur général du Canada d'intenter des poursuites pour complot en vue d'importer des stupéfiants — Application de l'arrêt Hauser — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(1) — Code criminel, art. 2, 115(2), 423(1) — Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(27), 92(14).

Droit criminel — Procédure — Complot en vue d'importer des stupéfiants — Acte d'accusation porté par le procureur général du Canada — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(1) — Code criminel, art. 423(1).

L'intimé a été condamné pour avoir conspiré en vue d'importer des stupéfiants contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, commettant par là une infraction au par. 423(1) du *Code criminel*. L'acte d'accusation avait été présenté par le procureur général et signé par son représentant. L'accusé a interjeté appel soulevant notamment le moyen de la nullité de l'acte d'accusation au motif que le procureur général du Canada n'avait pas le droit de le présenter. La Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel sur ce motif. Ce jugement fut rendu avant celui de cette Cour dans *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, mais l'intimé prétend que ce dernier arrêt n'est pas décisif parce qu'il y a été décidé que le procureur général du Canada pouvait présenter des actes d'accusation pour des infractions à la *Loi sur les stupéfiants* mais qu'en l'espèce l'infraction reprochée, soit celle de complot, est une infraction au *Code criminel*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The right of the Attorney General of Canada to initiate proceedings is incidental to the definition of "Attorney General" in s. 2 of the *Criminal Code*. In *Hauser*, a majority of this Court found that the Parliament of Canada had the power to authorize the Attorney General of Canada to prefer indictments for a breach of the *Narcotic Control Act*, and it held unanimously that the Parliament of Canada could authorize the Attorney General of Canada to conduct proceedings instituted at the instance of the Government of Canada in respect of any breach or conspiracy to commit a breach of a statute of the Parliament of Canada, other than the *Criminal Code*. It is true that in the case at bar the charge against the accused was that of conspiracy under s. 423 of the *Criminal Code*, but it is clear that, had it wished to do so, Parliament could have provided for a conspiracy to commit a breach of the *Narcotic Control Act* itself. This course was not necessary in view of the provision contained in s. 115(2) of the *Criminal Code*. Additionally, s. 27(2) of the *Interpretation Act* provides essentially that if Parliament can give the Attorney General authority to institute proceedings for the enforcement of a federal statute, it is necessarily incidental that, for the proper enforcement of such an Act, it can also institute proceedings for a conspiracy to commit a breach of that Act. There is no sound reason for now reconsidering the judgment in *Hauser* and reversing it.

R. v. Hauser, [1979] 1 S.C.R. 984, applied; *Cotroni v. Attorney General of Canada*, [1976] 1 S.C.R. 219; *Attorney General of Canada v. Higbie et al.*, [1945] S.C.R. 385, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], quashing the indictment and reversing the guilty verdict against the accused. Appeal allowed.

Réjean Paul, Q.C., for the appellant.

Maurice Leblanc, for the respondent.

Yves Berthiaume, for the Attorney General of Quebec.

D. W. Mundell, Q.C., for the Attorney General for Ontario.

H. Hazen Strange, Q.C., and *Patricia L. Cumming*, for the Attorney General for New Brunswick.

[1] [1978] C.A. 180.

Le droit du procureur général du Canada d'instituer des procédures découle de la définition de «procureur général» à l'art. 2 du *Code criminel*. Dans l'affaire *Hauser*, la majorité de cette Cour a conclu que le Parlement du Canada avait compétence pour autoriser le procureur général du Canada à présenter des actes d'accusation pour une infraction à la *Loi sur les stupéfiants* tandis qu'elle a décidé, à l'unanimité, que le Parlement du Canada pouvait autoriser le procureur général du Canada à diriger les procédures instituées sur l'instance du gouvernement du Canada qui sont relatives à la violation ou à un complot en vue de la violation d'une loi du Parlement du Canada, à l'exclusion du *Code criminel*. Il est vrai qu'en l'espèce l'intimé est accusé de complot aux termes de l'art. 423 du *Code criminel*, mais il est clair que si le Parlement l'avait voulu, il aurait pu inscrire l'infraction de complot en vue de violer la *Loi sur les stupéfiants* dans la Loi elle-même. Toutefois, compte tenu du par. 115(2) du *Code criminel*, cela n'était pas nécessaire. De plus, le par. 27(2) de la *Loi d'interprétation* prévoit, en substance, que si le Parlement peut donner au procureur général le pouvoir d'instituer des procédures pour l'application d'une loi fédérale, il en découle nécessairement que, pour son application efficace, il peut aussi instituer des procédures pour un complot visant à la violer. Il n'y a pas par ailleurs de motif valable pour réexaminer l'arrêt rendu dans *Hauser* et juger le contraire aujourd'hui.

Jurisprudence: *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, arrêt appliqué; *Cotroni c. Le procureur général du Canada*, [1976] 1 R.C.S. 219; *Procureur général du Canada c. Higbie et autres*, [1945] R.C.S. 385.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], cassant l'acte d'accusation et infirmant le verdict de culpabilité prononcé contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

Réjean Paul, c.r., pour l'appelante.

Maurice Leblanc, pour l'intimé.

Yves Berthiaume, pour le procureur général du Québec.

D. W. Mundell, c.r., pour le procureur général de l'Ontario.

H. Hazen Strange, c.r., et *Patricia L. Cumming*, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

[1] [1978] C.A. 180.

L. Lindholm, for the Attorney General of British Columbia.

W. Henkel, Q.C., for the Attorney General for Alberta.

J. A. Nesbitt, Q.C., for the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The issue in this appeal is as to whether or not the Attorney General of Canada has the power to institute a prosecution against the appellant for having conspired with others to import drugs in contravention of subs. 5(1) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1, which provides:

> Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall import into Canada or export from Canada any narcotic.

The indictment charged that the appellant:

> [TRANSLATION] Between the 22nd day of March 1975 and the 25th day of April 1976 unlawfully did conspire with Michel Véronneau, Jean-Claude Pomerleau, Paul Pomerleau, Normand Pomerleau, Buddy Wells, Amedh Hassan Chairi, Robert Barbeau, Claude Ménard, and with persons unknown to this day to commit an indictable offence, namely to import narcotics into Canada, namely about 50 pounds of hashish (Cannabis resin) contrary to section 5(1) of the Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, chap. N-1, committing thereby an indictable offence contrary to section 423(1) of the Criminal Code.

The indictment was preferred by the Attorney General for Canada and signed by his agent. Following a lengthy trial, the appellant was convicted and sentenced to a term of imprisonment for eight and one-half years.

The appellant appealed to the Court of Appeal for Quebec and, before that Court, raised as a ground of appeal that the indictment was a nullity because the Attorney General for Canada did not have the right to prefer the indictment. It was the appellant's contention that only the Attorney General for Quebec had that right. The Court of Appeal allowed the appeal upon this ground, and

L. Lindholm, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

W. Henkel, c.r., pour le procureur général de l'Alberta.

J. A. Nesbitt, c.r., pour le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—La question en litige dans ce pourvoi est celle de savoir si le procureur général du Canada a le pouvoir d'intenter une poursuite contre l'appelant pour avoir comploté avec d'autres personnes en vue d'importer des stupéfiants contrairement au par. 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1, qui dispose:

> Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut importer au Canada ni exporter hors de ce pays un stupéfiant quelconque.

L'acte d'accusation porte que l'appelant:

> Entre le 22 mars 1975 et le 25 avril 1976, a illégalement conspiré avec Michel Véronneau, Jean-Claude Pomerleau, Paul Pomerleau, Normand Pomerleau Buddy Wells, Amedh Hassan Chairi, Robert Barbeau, Claude Ménard, de même qu'avec d'autres personnes jusqu'ici inconnues pour commettre un acte criminel, savoir: importer au Canada des stupéfiants, savoir: environ 50 livres de haschisch (résine de cannabis), contrairement à l'article 5(1) de la Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, c. N-1, commettant par là un acte criminel prévu à l'article 423(1) du Code criminel.

L'acte d'accusation a été présenté par le procureur général du Canada et signé par son représentant. Au terme d'un long procès, l'appelant a été déclaré coupable et condamné à une peine d'emprisonnement de huit ans et demi.

L'appelant a interjeté appel à la Cour d'appel du Québec devant laquelle il a notamment soulevé comme moyen la nullité de l'acte d'accusation au motif que le procureur général du Canada n'avait pas le droit de le présenter. L'appelant a soutenu que seul le procureur général du Québec avait ce droit. La Cour d'appel a accueilli l'appel sur ce moyen et n'a donc pas jugé nécessaire d'examiner

so did not find it necessary to consider the other grounds of appeal. At the time that the judgment of the Court of Appeal was rendered, the judgment of this Court in *R. v. Hauser*[2] had not been delivered.

The right of the Attorney General of Canada to institute these proceedings depends upon the definition of "Attorney General" contained in s. 2 of the *Criminal Code*. That definition is as follows:

> "Attorney General" means the Attorney General or Solicitor General of a province in which proceedings to which this Act applies are taken and, with respect to
>
> (*a*) the Northwest Territories and the Yukon Territory, and
>
> (*b*) proceedings instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on behalf of that Government in respect of a violation of or conspiracy to violate any Act of the Parliament of Canada or a regulation made thereunder other than this Act,
>
> means the Attorney General of Canada and, except for the purposes of subsections 505(4) and 507(3), includes the lawful deputy of the said Attorney General, Solicitor General and Attorney General of Canada;

In the *Hauser* case, the accused had been charged on two counts: (1) of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking and (2) of possession of cannabis for the purpose of trafficking. The indictment had been signed by an agent of the Attorney General of Canada. It was contended on behalf of the accused that the enactment of para. (*b*) of the definition of "Attorney General" was *ultra vires* of the Parliament of Canada. The constitutional question was settled by the Chief Justice of this Court in these terms:

> Is it within the competence of the Parliament of Canada to enact legislation as in Section 2 of the *Criminal Code* to authorize the Attorney General of Canada or his Agent
>
> (1) to prefer indictments for an offence under the *Narcotic Control Act*,
>
> (2) to have the conduct of proceedings instituted at the instance of the Government of Canada in respect of a violation or conspiracy to violate any Act of the

[2] [1979] 1 S.C.R. 984.

les autres moyens d'appel. Au moment où la Cour d'appel s'est prononcée, l'arrêt de cette Cour, *R. c. Hauser*[2] n'avait pas été rendu.

Le droit du procureur général du Canada d'instituer ces procédures découle de la définition de «procureur général» à l'art. 2 du *Code criminel*, que voici:

> «procureur général» désigne le procureur général ou solliciteur général d'une province où sont intentées des procédures visées par la présente loi et désigne, relativement
>
> *a*) aux territoires du Nord-Ouest et au territoire du Yukon, et
>
> *b*) aux procédures instituées sur l'instance du gouvernement du Canada et dirigées par ce gouvernement ou pour son compte, qui sont relatives à la violation ou à un complot en vue de la violation d'une loi du Parlement du Canada ou d'un règlement établi en vertu d'une telle loi, sauf la présente loi,
>
> le procureur général du Canada et, sauf aux fins des paragraphes 505(4) et 507(3), comprend le substitut légitime desdits procureur général, solliciteur général et procureur général du Canada;

Dans l'affaire *Hauser*, l'accusé était inculpé sur deux chefs: 1) possession de résine de cannabis pour en faire le trafic et 2) possession de cannabis pour en faire le trafic. L'acte d'accusation a été signé par un représentant du procureur général du Canada. On a soutenu au nom de l'accusé que le Parlement du Canada n'avait pas compétence pour promulguer l'al. *b*) de la définition de «procureur général». Le Juge en chef de cette Cour a énoncé la question constitutionnelle en ces termes:

> Le Parlement du Canada a-t-il compétence pour promulguer une législation qui, comme l'article 2 du *Code criminel*, autorise le procureur général du Canada ou son représentant
>
> (1) à présenter des actes d'accusation pour une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*,
>
> (2) à diriger les procédures instituées sur l'instance du gouvernement du Canada, qui sont relatives à la violation ou à un complot en vue de la violation d'une

[2] [1979] 1 R.C.S. 984.

Parliament of Canada or regulations made thereunder other than the *Criminal Code*?

(Hereinafter referred to as the "first question" and the "second question".)

The submission of the accused, supported by nine provincial attorneys general, was that the proceedings were criminal in nature and, therefore, could only be instituted by a provincial attorney general. It was contended that this limitation of federal power was by reason of s. 92(14) of the *British North America Act (B.N.A. Act)* which gave to the provincial legislatures exclusive power to legislate in relation to the administration of justice both criminal and civil in the province.

The position taken by the Attorney General of Canada was that the institution of criminal proceedings was within the power of the Attorney General of Canada by virtue of s. 91(27) of the *B.N.A. Act* which gave to the federal Parliament power to legislate in relation to criminal law and procedure in criminal matters. In any event, the proceedings in question were not brought under the *Criminal Code*, but were brought in respect of a violation of a federal statute (the *Narcotic Control Act*) other than the *Criminal Code*, as provided in para. (*b*) of the definition of "Attorney General".

The appeal was heard by seven judges in this Court. There was a division of opinion with respect to the first question. Pigeon J., speaking for himself and three other members of the Court, answered in the affirmative on the ground that the *Narcotic Control Act* was not enacted pursuant to s. 91(27) of the *B.N.A. Act* (criminal law) but was enacted under the general residual power in s. 91 (peace, order and good government). He expressed the view that the constitutional question, as worded, did not put in issue the broad proposition submitted by the Attorney General of Canada, *i.e.* complete federal legislative authority over the conduct of all criminal proceedings.

Spence J. agreed with the contention of the Attorney General of Canada as to the interpreta-

loi du Parlement du Canada ou de règlements établis en vertu d'une telle loi, à l'exclusion du *Code criminel*?

(Ci-après la «première question» et la «seconde question».)

Avec l'appui de neuf procureurs généraux provinciaux, l'accusé a soutenu que, comme les procédures étaient de nature criminelle, elles ne pouvaient être instituées que par un procureur général provincial. On a fait valoir que cette limitation du pouvoir fédéral était due au par. 92(14) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (l'*A.A.N.B.*) qui confère aux législatures provinciales le pouvoir exclusif de légiférer en matière d'administration de la justice tant criminelle que civile dans la province.

Selon la thèse du procureur général du Canada, celui-ci a le pouvoir d'intenter des poursuites criminelles en vertu du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.* qui confère au Parlement du Canada le pouvoir de légiférer sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle. Quoi qu'il en soit, les procédures en cause n'ont pas été intentées en vertu du *Code criminel*, mais pour une infraction à une loi fédérale (la *Loi sur les stupéfiants*) autre que le *Code criminel*, comme le prévoit l'al. *b*) de la définition de «procureur général».

Cette Cour, formée de sept juges, a entendu le pourvoi. Les opinions ont été divisées sur la première question. Le juge Pigeon, en son nom et au nom de trois autres membres de la Cour, a répondu par l'affirmative au motif que la *Loi sur les stupéfiants* n'a pas été promulguée en application du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.* (droit criminel) mais en vertu de la compétence résiduaire générale de l'art. 91 (la paix, l'ordre et le bon gouvernement). Il s'est dit d'avis que, telle que libellée, la question constitutionnelle ne met pas en jeu la thèse globale défendue par le procureur général du Canada, c.-à-d. un pouvoir législatif fédéral complet sur la direction de toutes procédures criminelles.

Le juge Spence s'est dit d'accord avec l'interprétation du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.* mise de l'avant

tion of s. 91(27) of the *B.N.A. Act*. He also held that the provincial power under s. 92(14) was limited by the words "in the province" and did not include the enforcement and prosecution of breaches of federal statutes. Accordingly, he answered the first question in the affirmative.

The reasons of the other two members of the Court were delivered by Dickson J. whose view was that the *Narcotic Control Act* was, in pith and substance, criminal law and that, in consequence, provincial supervisory control was maintained under s. 92(14) of the *B.N.A. Act* in respect of the prosecution of offences under the *Narcotic Control Act*. He was of the opinion that the first question should be answered in the negative.

In respect of the answer to the first question, the disagreement between the reasons of Pigeon J. and Dickson J. was as to whether the *Narcotic Control Act* depended for its constitutional validity upon s. 91(27) of the *B.N.A. Act* or upon some other federal power.

In the result, the issue raised in the first questions was answered in the affirmative by a majority of five to two.

The second question did not relate specifically, as did the first question, to the *Narcotic Control Act*. By its terms it raised the general question as to whether Parliament had the constitutional authority to enact para. (*b*) of the definition of "Attorney General" in the *Criminal Code*.

Pigeon J., for himself and three other members of the Court, answered this question as follows:

> Yes, in respect of a violation or conspiracy to violate any Act of the Parliament of Canada or regulations made thereunder the constitutional validity of which does not depend upon head 27 of s. 91 of the *British North America Act*, no opinion being expressed whether the competence of the Parliament of Canada extends beyond that point.

Spence J. answered the second question in the affirmative.

par le procureur général du Canada. Il a aussi conclu que le pouvoir provincial conféré par le par. 92(14) était restreint par les termes «dans la province» et ne comprenait pas l'application des lois fédérales et l'institution des poursuites pour leur violation. Il a par conséquent répondu à la première question par l'affirmative.

Les motifs des deux autres membres de la Cour ont été exposés par le juge Dickson. Il s'est dit d'avis que le caractère véritable de la *Loi sur les stupéfiants* était celui du droit criminel et, par conséquent, que le pouvoir provincial de surveillance était maintenu par le par. 92(14) de l'*A.A.N.B.* en ce qui concerne les poursuites relatives à des infractions à la *Loi sur les stupéfiants*. Il aurait répondu à la première question par la négative.

En ce qui concerne la réponse à la première question, les opinions des juges Pigeon et Dickson diffèrent sur le point de savoir si la *Loi sur les stupéfiants* du point de vue constitutionnel dépend du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.*, ou d'un autre pouvoir fédéral.

En conclusion, une majorité de cinq contre deux a répondu à la première question par l'affirmative.

A la différence de la première question, la seconde ne porte pas spécifiquement sur la *Loi sur les stupéfiants*. Par sa formulation, elle soulève la question générale de la compétence constitutionnelle du Parlement de promulguer l'al. *b*) de la définition de «procureur général» au *Code criminel*.

Le juge Pigeon, en son nom et en celui de trois autres membres de la Cour, a répondu à cette question en ces termes:

> Oui, relativement à la violation ou à un complot en vue de la violation d'une loi du Parlement du Canada ou de règlements établis en vertu d'une telle loi, quand la constitutionnalité n'en dépend pas du par. 27 de l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, sans opiner que la compétence du Parlement du Canada s'arrête là.

Le juge Spence a répondu à la seconde question par l'affirmative.

Dickson J., for himself and another member of the Court, answered this question as follows:

(2) It is within the competence of the Parliament of Canada to enact legislation, as in s. 2 of the *Criminal Code*, to authorize the Attorney General of Canada, or his agent, to act as the "Attorney General", and indeed the *only* "Attorney General", in respect of a violation or conspiracy to violate an Act of Parliament enacted under any head of power in s. 91 of the *British North America Act, other than* head 27 relating to the criminal law power.

The *Hauser* case has decided that in respect of the enforcement of federal statutes, whose constitutional validity does not depend upon s. 91(27) of the *B.N.A. Act*, the Attorney General of Canada has the right to initiate proceedings for a violation or a conspiracy to violate such statute, and a majority of the Court has decided that the *Narcotic Control Act* is such a statute.

The Attorney General of Canada contends that the judgment in the *Hauser* case should govern the disposition of this appeal.

The respondent and the provincial attorneys general who were interveners contend that the *Hauser* case is not conclusive. It was argued that the *Hauser* case involved an alleged violation of the *Narcotic Control Act* and was not concerned with a conspiracy to violate that Act. It was submitted that the answer given unanimously to the second question, in so far as it dealt with a conspiracy to violate, was *obiter* and without binding effect. The argument is that in the present case the respondent was charged with having committed a criminal act in breach of para. 423(1)(*d*) of the *Criminal Code*, which is an offence separate and distinct from the commission of the offence to which the conspiracy relates. As the offence charged is an offence under the *Criminal Code*, the Attorney General of Canada does not have authority to institute proceedings in respect of it.

I am not in agreement with these contentions.

It is clear that the second question formulated by the Chief Justice put in issue the power of the Attorney General of Canada to have the conduct

Le juge Dickson, en son nom et en celui d'un autre membre de la Cour, a répondu à cette question en ces termes:

(2) Le Parlement du Canada a compétence pour promulguer une législation qui, comme à l'art. 2 du *Code criminel*, autorise le procureur général du Canada ou son représentant à agir comme «procureur général» et, en fait, comme *seul* «procureur général», en ce qui concerne la violation ou un complot en vue de violation d'une loi du Parlement édictée dans un domaine de compétence prévu à l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, à l'exclusion* du par. 27 relatif à la compétence sur le droit criminel.

L'arrêt *Hauser* décide qu'en ce qui concerne l'application des lois fédérales, dont la constitutionnalité ne dépend pas du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.*, le procureur général du Canada a le droit d'instituer des procédures pour une violation de pareille loi ou un complot pour la violer, et une majorité de la Cour a décidé que la *Loi sur les stupéfiants* est une loi de cette nature.

Le procureur général du Canada prétend que l'arrêt *Hauser* doit régir l'issue du présent pourvoi.

L'intimé et les procureurs généraux provinciaux à titre d'intervenants prétendent que l'arrêt *Hauser* n'est pas décisif. Ils font valoir que l'arrêt *Hauser* porte sur une prétendue violation de la *Loi sur les stupéfiants* et non sur un complot pour la violer. Ils soutiennent que la réponse unanime à la seconde question, pour ce qui est du complot pour violer la Loi, est *obiter*, et ne lie pas cette Cour. Leur argument est qu'en l'espèce, l'intimé est accusé d'avoir commis un acte criminel en violation de l'al. 423(1)*d*) du *Code criminel*, ce qui est une infraction séparée et distincte de la perpétration de l'infraction à laquelle le complot se rattache; de plus comme l'infraction reprochée est une infraction au *Code criminel*, le procureur général du Canada n'a pas le pouvoir d'instituer des procédures à son égard.

Je ne partage pas ce point de vue.

Il est clair que la seconde question formulée par le Juge en chef vise le pouvoir du procureur général du Canada de diriger les procédures instituées

of proceedings instituted at the instance of the Government of Canada in respect of any conspiracy to violate a federal statute other than the *Criminal Code*. That question was answered unanimously in the affirmative in respect of statutes whose validity was not dependent upon s. 91(27) of the *B.N.A. Act*.

The substance of the answer given to the question is that Parliament can provide for the enforcement of such statutes. This power includes the institution and carriage of proceedings for that purpose.

It is true that the charge against the respondent was for conspiracy under para. 423(1)(*d*) of the *Criminal Code* but it is clear that, had it wished to do so, Parliament could have provided for a conspiracy to violate the Act in the *Narcotic Control Act* itself, as it has done in para. 239(1)(*e*) of the *Income Tax Act*. This course was not necessary in view of the provision contained in subs. 115(2) of the *Criminal Code*. Section 115 provides:

115. (1) 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.

(2) Any proceedings in respect of a contravention of or conspiracy to contravene an Act mentioned in subsection (1), other than this Act, may be instituted at the instance of the Government of Canada and conducted by or on behalf of that Government.

The provision contained in subs. (2) has the same effect as if it had been specifically enacted, in substance, in the *Narcotic Control Act*. The mere fact that it appears as a general provision in the *Criminal Code* does not affect its constitutional validity.

Reference may also be made to subs. 27(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1970, c. I-23:

27. (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,

sur l'instance du gouvernement du Canada, qui sont relatives à un complot en vue de la violation d'une loi fédérale, à l'exclusion du *Code criminel*. Cette question a reçu, à l'unanimité, une réponse affirmative en ce qui concerne les lois dont la validité ne dépend pas du par. 91(27) de l'*A.A.N.B.*

En substance, la réponse à la question est que le Parlement peut assurer l'application de ces lois. Ce pouvoir emporte celui d'instituer et de mener des procédures à cette fin.

Il est vrai que l'intimé est accusé de complot aux termes de l'al. 423(1)*d*) du *Code criminel*, mais il est clair que si le Parlement l'avait voulu, il aurait pu inscrire l'infraction de complot en vue de violer la Loi dans la *Loi sur les stupéfiants* elle-même, comme il l'a fait à l'al. 239(1)*e*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cela n'était pas nécessaire compte tenu du par. 115(2) du *Code criminel*. L'article 115 dispose:

115. (1) 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.

(2) Le gouvernement du Canada peut instituer des procédures, qu'il dirige ou confie à son représentant, pour désobéissance ou tentative de désobéissance à l'une des lois mentionnées au paragraphe (1), à l'exclusion de la présente.

La disposition contenue au par. (2) a le même effet que si elle avait été spécifiquement promulguée, en substance, dans la *Loi sur les stupéfiants*. Le simple fait qu'elle constitue une disposition générale du *Code criminel* ne porte pas atteinte à sa constitutionnalité.

On peut également renvoyer au par. 27(2) de la *Loi d'interprétation*, S.R.C. 1970, chap. I-23;

27. (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

except to the extent that the enactment otherwise provides.

"Enactment" is defined as an Act of the Parliament of Canada, or a regulation.

The essence of the matter is that if Parliament can give to the Attorney General of Canada authority to institute proceedings for the enforcement of a federal statute, it is necessarily incidental that, for the proper enforcement of such an Act, it can also institute proceedings for a conspiracy to violate that Act.

In considering this issue, I do not agree with the contention of the respondent that we should consider the charge made against the respondent of conspiring to import narcotics without reference to the offence, *i.e.* the unlawful importation of narcotics, to which the conspiracy relates. While it is true that conspiracy is, in itself, a crime distinct from the unlawful act to which it relates, we are entitled, in dealing with the constitutional issue before us, to give consideration to the nature of the conspiracy.

The nature of a conspiracy to traffic in narcotics was considered by this Court in *Cotroni v. Attorney General of Canada*[3]. That case involved the validity of a warrant of committal under the *Extradition Act*, R.S.C. 1970, c. E-21. The charge against the appellant in the United States was for conspiracy to import a narcotic drug. It was contended that conspiring to import a narcotic drug was not listed in Schedule I to the *Extradition Act* although certain other conspiracies were so listed. Extradition crimes were defined in s. 2 of the Act:

> "extradition crime" may mean any crime that, if committed in Canada, or within Canadian jurisdiction, would be one of the crimes described in Schedule I; and, in the application of this Act to the case of any extradition arrangement, "extradition crime" means any crime described in such arrangement, whether or not it is comprised in that Schedule;

By a Supplementary Convention in 1925, there was added a classification, "Crimes and offences against the laws for the suppression of the traffic

[3] [1976] 1 S.C.R. 219.

toutes les autres infractions créées par un texte législatif, sauf dans la mesure où ce dernier en décide autrement.

«Texte législatif» est défini comme une loi du Parlement du Canada, ou un règlement.

En substance, cela signifie que si le Parlement peut donner au procureur général le pouvoir d'instituer des procédures pour l'application d'une loi fédérale, il en découle nécessairement que, pour son application efficace, il peut aussi instituer des procédures pour un complot visant à la violer.

A ce sujet, je ne suis pas d'accord avec la prétention de l'intimé qu'il faut considérer l'accusation de complot en vue d'importer des stupéfiants portée contre lui sans tenir compte de l'infraction, c.-à-d. l'importation illégale de stupéfiants, à laquelle le complot se rattache. Même s'il est exact que le complot constitue, en soi, un crime distinct de l'acte illégal auquel il se rattache, nous nous devons, à propos du point constitutionnel qui nous est soumis, de tenir compte de la nature du complot.

Cette Cour a examiné la nature d'un complot visant à faire le trafic de stupéfiants dans *Cotroni c. Le procureur général du Canada*[3]. Cette affaire portait sur la validité d'un mandat d'incarcération lancé en vertu de la *Loi sur l'extradition*, S.R.C. 1970, chap. E-21. L'appelant avait été inculpé aux États-Unis de complot en vue d'importer un stupéfiant. On a prétendu que le complot pour importer un stupéfiant n'était pas mentionné à l'annexe I de la *Loi sur l'extradition* alors que certains autres complots l'étaient. Les crimes entraînant l'extradition sont définis à l'art. 2 de la Loi:

> «crime entraînant l'extradition» peut signifier tout crime qui, s'il était commis au Canada, ou dans la juridiction du Canada, serait l'un des crimes énumérés à l'annexe I; et dans l'application de la présente loi à l'égard de toute convention d'extradition, un crime entraînant l'extradition signifie tout crime décrit dans cette convention, qu'il soit compris dans ladite annexe ou non;

Par une Convention supplémentaire datant de 1925, on a ajouté une catégorie, les «Crimes et infractions contre les lois relatives à la suppression

[3] [1976] 1 R.C.S. 219.

in narcotics". This convention was an "extradition arrangement" within the meaning of the definition in s. 2. The question in issue was as to whether a conspiracy to import a narcotic was within the classification defined in the convention. Spence J., who delivered the judgment of this Court, said, at pp. 222-23:

> I am of the opinion that it matters not whether the particular indictment, had it been laid in Canada, would have been laid under the provisions of the *Criminal Code* or the *Narcotic Control Act* or in fact any other statute. The test is what is the essence of the crime charged. I am also of the opinion that the essence of the crime charged in the indictment by the United States Grand Jury was and only could be for a crime against the laws for the suppression of the traffic in narcotics.

It was submitted in argument that the answer to the second question was merely an opinion and did not have binding effect. The answer made was in respect of a constitutional issue raised in the proceedings. It is certainly entitled to the same weight as an answer given to a question posed in a reference to the Court and, as to that, Rinfret C.J. in *Attorney General of Canada v. Higbie et al.*[4], after referring to a judgment of this Court, said at p. 403:

> It is needless to mention here that, although this was not a judgment in the true sense of the word, but merely what is sometimes referred to as an opinion made in a Reference to this Court by the Governor General in Council as provided for by section 55 of the *Supreme Court Act* and the special jurisdiction therein given to this Court, we should regard an opinion of that kind as binding upon this Court and, moreover, one which, in the particular circumstances and in view of the wide experience in these matters which must be recognized to Mr. Justice Newcombe, cannot be held but as having the greatest weight and authority.

Finally, we were urged in argument to reconsider and reverse our judgment in the *Hauser* case. That case was decided on May 1, 1979, after a full argument in which the attorneys general of nine provinces participated. In my opinion, there is no sound reason for now reversing it.

[4] [1945] S.C.R. 385.

du trafic des narcotiques». Cette convention était une «convention d'extradition» au sens de la définition de l'art. 2. La question en litige était celle de savoir si un complot en vue d'importer un stupéfiant relevait de la catégorie définie dans la convention. Le juge Spence, qui a rendu l'arrêt de cette Cour, a dit, aux pp. 222 et 223:

> Que ladite inculpation, si elle avait été prononcée au Canada, l'aurait été en vertu des dispositions du *Code criminel* ou de la *Loi sur les stupéfiants* ou, en fait, de toute autre loi, cela est, à mon avis, sans importance. Le critère réside en la nature du crime qui fait l'objet de l'accusation. Je suis également d'avis que la nature du crime visé par l'inculpation prononcée par le Grand Jury américain était et ne pouvait être que celle d'un crime commis en contravention des lois relatives à la suppression du trafic des narcotiques.

A l'audience, on a plaidé que la réponse à la seconde question n'était qu'une opinion et ne liait pas cette Cour. Cette réponse a trait à un point constitutionnel soulevé dans les procédures. Elle a certainement droit au même poids qu'une réponse à une question déférée à la Cour; à cet égard, dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Higbie et autres*[4], après avoir fait référence à un autre arrêt de cette Cour, le juge en chef Rinfret a dit à la p. 403:

> [TRADUCTION] Il n'est pas nécessaire de souligner ici que, bien qu'il ne s'agisse pas d'un arrêt au vrai sens du mot, mais simplement de ce que l'on qualifie parfois d'opinion donnée sur une question déférée à cette Cour par le gouverneur général en conseil, conformément à l'article 55 de la *Loi sur la Cour suprême* et à la juridiction spéciale qu'il confère à cette Cour, nous devons la considérer comme une opinion qui lie cette Cour et, de plus, comme une opinion à laquelle, dans les circonstances et compte tenu de la vaste expérience de ces questions qu'a le juge Newcombe, on ne peut que donner le plus grand poids et la plus grande valeur.

Enfin, on nous a demandé à l'audience de réexaminer notre arrêt dans l'affaire *Hauser* et de juger le contraire. Cet arrêt a été rendu le 1er mai 1979, au terme d'un débat complet auquel les procureurs généraux de neuf provinces ont participé. A mon avis, il n'y a aucun motif valable de juger le contraire aujourd'hui.

[4] [1945] R.C.S. 385.

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal. As it appears that the respondent had other grounds of appeal besides the one considered in this Court and not dealt with by the Court of Appeal, I would return the case to the Court of Appeal for consideration of the respondent's other grounds of appeal.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Réjean F. Paul, Montreal.

Solicitor for the respondent: Maurice Leblanc, Montreal.

Solicitor for the Attorney General of Quebec: Yves Berthiaume, Montreal.

Solicitor for the Attorney General for Ontario: Allan Leal, Toronto.

Solicitor for the Attorney General for New-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitor for the Attorney General of British Columbia: Richard Vogel, Victoria.

Solicitor for the Attorney General for Alberta: William Henkel, Edmonton.

Solicitor for the Attorney General of Newfoundland: James A. Nesbitt, St. John's.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel. Puisqu'il appert que l'intimé avait d'autres moyens d'appel à faire valoir en plus de celui qu'a examiné cette Cour et que la Cour d'appel ne s'est pas prononcée à leur égard, je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la Cour d'appel pour qu'elle se prononce sur les autres moyens d'appel de l'intimé.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Réjean F. Paul, Montréal.

Procureur de l'intimé: Maurice Leblanc, Montréal.

Procureur du procureur général du Québec: Yves Berthiaume, Montréal.

Procureur du procureur général de l'Ontario: Allan Leal, Toronto.

Procureur du procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique: Richard Vogel, Victoria.

Procureur du procureur général de l'Alberta: William Henkel, Edmonton.

Procureur du procureur général de Terre-Neuve: James A. Nesbitt, St. John's.

Donald C. Kelso (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen (*Defendant*) *Respondent*.

1980: November 10; 1981: February 3.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour law — Public Service — Tenure of position — Bilingualism — Regulation exempting employees in bilingual positions from statutory linguistic requirements — Operation of Public Service Official Languages Exclusion Order — Right to remain in or to be reinstated to former position — Employer's management rights as opposed to employee's rights to remain in position — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 31 — Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1) — Public Service Official Languages Exclusion Order, SOR/77-886, s. 6(a).

Appellant, a unilingual anglophone air traffic controller was transferred under protest from Montreal to Cornwall after his Montreal position had been declared bilingual. Both the Federal Court-Trial Division and the Federal Court of Appeal dismissed appellant's application for a declaration that he was entitled to remain in, or to be reinstated to, his former position with full salary and benefits. The issues before the Court were narrow. Firstly, did the exception created by s. 6(*a*) of the *Public Service Official Languages Exclusion Order*, SOR/77-886, exclude the appellant from the general requirement of bilingualism created by the *Public Service Employment Act*? Secondly, was appellant's right to remain in or to be reinstated to his Montreal position extinguished by his having accepted, under protest, the Cornwall position? Thirdly, did the employer's general power to allocate and manage manpower resources override any right which appellant may have enjoyed to remain in his former position?

Held: The appeal should be allowed.

The *Exclusion Order* prohibited the government from "separating" an incumbent from his position on the sole basis of language, whether for incapacity under s. 31 of the *Public Service Employment Act* or by an involuntary transfer. While the *Exclusion Order* did not have

Donald C. Kelso (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine (*Défenderesse*) *Intimée*.

1980: 10 novembre; 1981: 3 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit du travail — Fonction publique — Permanence d'un poste — Bilinguisme — Règlement exemptant des exigences linguistiques prévues à la loi des employés occupant des postes bilingues — Application du Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique — Droit de demeurer ou d'être rétabli dans un poste antérieur — Droits de gestion de l'employeur en opposition avec les droits de l'employé de demeurer dans un poste — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 31 — Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7(1) — Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique, DORS/77-886, art. 6a).

L'appelant, un contrôleur aérien anglophone unilingue, a été muté, sous réserve de sa part, de Montréal à Cornwall après que son poste à Montréal eut été désigné bilingue. La Cour fédérale, Division de première instance, et la Cour d'appel fédérale ont rejeté la demande de l'appelant qui sollicitait une déclaration qu'il avait le droit de demeurer ou d'être rétabli dans son poste avec plein salaire et avantages sociaux. Les questions soumises à la Cour sont restreintes. Premièrement, l'exception établie par l'al. 6*a*) du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*, DORS/77-886 exempte-t-elle l'appelant de l'exigence générale de bilinguisme créée par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*? Deuxièmement, le droit de l'appelant de demeurer ou d'être rétabli dans son poste à Montréal a-t-il été éteint par son acceptation, sous réserve, d'un poste à Cornwall? Troisièmement, le pouvoir général de l'employeur de répartir et de gérer les effectifs l'emporte-t-il sur le droit qu'avait l'appelant de demeurer dans son poste antérieur?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le *Décret d'exclusion* interdit au gouvernement d'«enlever» un poste à son titulaire sur le seul fondement de la langue, que ce soit pour incapacité en vertu de l'art. 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ou par mutation involontaire. Bien que le *Décret d'exclusion*

the effect of vesting in the appellant a right in any particular position the government's right to allocate resources and manpower was not unlimited in that it could not override the *Exclusion Order*.

An employee's rights were not to be extinguished because he chose not to accept the risk of dismissal for refusing to follow his employer's reasonable instructions, as required at common law, while contesting the legality of those instructions. A contrary conclusion could lead to the intolerable situation of an employee risking disciplinary action in order to preserve legal rights. The relevant issue, therefore, was whether the employee had been separated *de jure* from his position and not whether he had been separated from it in fact.

Considerations concerning the *bona fides* of the officers and the impropriety of the pressure were irrelevant. Where an official lacked the legal authority to do an act, it was not a defence to claim against him that he honestly believed that he had the requisite authority.

The Court could not actually appoint the appellant to the Public Service for the administrative act of appointment was to be performed by the Commission. Nevertheless, the Court was entitled to "declare" the respective legal rights of the appellant and the respondent. The Public Service Commission was subject to the law and if it acted otherwise the courts were entitled so to declare.

Pepper v. Webb, [1969] 1 W.L.R. 514, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], dismissing an appeal from a decision of Mahoney J. Appeal allowed.

J. P. Nelligan, Q.C., for the plaintiff appellant.

W. L. Nisbet, Q.C., for the defendant respondent.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—Mr. Donald Kelso is a unilingual anglophone, who was employed in position TACQ-0274 as an Air Traffic Controller in the Montreal Area Control Centre. In May 1978, as part of its policy of bilingualism in the Quebec Region, the Ministry of Transport transferred Mr. Kelso under protest to the Transport Canada Training Institute in Cornwall, Ontario. Mr. Kelso seeks a declara-

[1] [1980] 1 F.C. 659, (1979), 105 D.L.R. (3d) 490.

n'ait pas pour effet d'attribuer à l'appelant un droit acquis à un poste précis, le droit du gouvernement de répartir les ressources et les effectifs n'est pas illimité et ne peut l'emporter sur le *Décret d'exclusion*.

Les droits de l'employé ne doivent pas être éteints parce qu'il décide de ne pas prendre le risque d'être renvoyé en refusant de suivre, comme l'exige la *common law*, les directives raisonnables de son employeur, même s'il conteste la validité de ces directives. Une conclusion contraire entraînerait le résultat inique qu'un employé serait obligé de prendre le risque d'une sanction disciplinaire pour préserver ses droits. La question pertinente par conséquent est de savoir si on a enlevé en droit le poste à l'appelant, et non de savoir si on le lui a enlevé en fait.

Les considérations relatives à la bonne foi des fonctionnaires et aux pressions illicites ne sont pas pertinentes. Dans le cas où un fonctionnaire n'a pas légalement le pouvoir de faire quelque chose, sa conviction honnête qu'il a le pouvoir requis ne constitue pas un moyen de défense à une action intentée contre lui.

La Cour ne peut pas nommer l'appelant à un poste dans la Fonction publique puisque l'acte administratif de nomination est du ressort de la Commission. Néanmoins, la Cour a le droit de «déclarer» quels sont juridiquement les droits respectifs de l'appelant et de l'intimée. La Commission de la Fonction publique n'est pas au-dessus des lois, et si elle y contrevient, les tribunaux ont le droit de le déclarer.

Jurisprudence: *Pepper v. Webb*, [1969] 1 W.L.R. 514.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Mahoney. Pourvoi accueilli.

J. P. Nelligan, c.r., pour le demandeur appelant.

W. L. Nisbet, c.r., pour la défenderesse intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—M. Donald Kelso est un anglophone unilingue qui occupait le poste TACQ-0274 en qualité de contrôleur aérien au Centre de contrôle de la région de Montréal. En mai 1978, dans le cadre de sa politique de bilinguisme dans la région du Québec, le ministère des Transports a muté M. Kelso, qui a accepté sous réserve, à l'Institut de formation de Transports Canada à

[1] [1980] 1 C.F. 659, (1979), 105 D.L.R. (3d) 490.

tion that he is entitled to remain in, or be reinstated to, his former position with full salary and benefits.

Although such engaging subjects as Canadian bilingualism, air safety, management rights and movement under protest, were canvassed in argument the issues before us are, in reality, very narrow. The first: does the exception created by s. 6(*a*) of the *Public Service Official Languages Exclusion Order*, SOR/77-886, a Regulation passed under the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, exclude the appellant, Mr. Kelso, from the general requirement of bilingualism created by the *Public Service Employment Act?* The second: was Mr. Kelso's right to remain in, or be reinstated to, position TACQ-0274 in Montreal extinguished by his having accepted, under protest, an offer of employment with the Transport Canada Training Institute in Cornwall? The third: does the general power of the Treasury Board, as employer, to allocate and manage manpower resources override any right which Mr. Kelso may enjoy to remain in position TACQ-0274?

I

On June 3, 1969, Mr. Kelso was appointed by competition from within the Public Service to position TACQ-0274 at Montreal within the Ministry of Transport. Shortly thereafter, the Government of Canada affirmed the concept that every citizen ought to be able to deal with the Government in the official language of his choice. English and French would enjoy equal status and privilege as to their use in all federal institutions. Statutory expression of this policy is to be found in s. 2 of the *Official Languages Act*, R.S.C. 1970, c. 0-2.

The federal government, however, has not obdurately followed the ethic of bilingualism. It has recognized that even though a position in the Public Service may have been designated "bilingual", in certain circumstances a unilingual incumbent would be able to continue in the position. The first recognition of this appears in a Joint Resolu-

Cornwall (Ontario). M. Kelso cherche à obtenir un jugement déclarant qu'il a le droit de demeurer ou d'être rétabli dans son ancien poste avec plein salaire et avantages sociaux.

Bien qu'on ait fait état au cours des plaidoiries de sujets aussi brûlants que le bilinguisme au Canada, la sécurité aérienne, les droits de gestion et les mutations sous réserve, les questions en litige ici sont en fait très limitées. Premièrement: l'exception créée par l'al. 6(*a*) du *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique*, DORS/77-886, un règlement adopté en vertu de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, dégage-t-elle l'appelant, M. Kelso, de l'exigence générale de bilinguisme créée par la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*? Deuxièmement: le droit de M. Kelso de demeurer ou d'être rétabli dans le poste TACQ-0274 à Montréal a-t-il été éteint par son acceptation, sous réserve, d'une offre d'emploi à l'Institut de formation de Transports Canada à Cornwall? Troisièmement: le pouvoir général au Conseil du Trésor, en tant qu'employeur, de répartir et de gérer les effectifs, l'emporte-t-il sur tout droit que peut posséder M. Kelso de demeurer dans le poste TACQ-0274?

I

Le 3 juin 1969, à la suite d'un concours restreint, M. Kelso était nommé au poste TACQ-0274 au ministère des Transports à Montréal. Peu après, le gouvernement du Canada énonçait le principe que tout citoyen devrait pouvoir communiquer avec le gouvernement dans la langue officielle de son choix, et que l'anglais et le français auraient des droits et privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions fédérales. La consécration législative de cette politique se trouve à l'art. 2 de la *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, chap. 0-2.

Toutefois, le gouvernement fédéral n'a pas suivi de façon inflexible la règle du bilinguisme. Il a reconnu que même si l'on avait désigné un poste de la Fonction publique comme «bilingue», un titulaire unilingue pouvait, dans certaines circonstances, continuer à l'occuper. Ce principe fut reconnu pour la première fois dans une Résolution

tion of the House of Commons and the Senate of Canada (*Journals of the House of Commons of Canada*, June 6, 1973, No. 97). The pertinent portion reads:

That this House,

(i) aware that, as provided in the Official Languages Act, the English and French languages possess and enjoy equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and Government of Canada;

cognizant that it is the duty of departments and agencies of the Government of Canada to ensure, in accordance with that Act, that members of the public can obtain available services from and communicate with them in both official languages; while

recognizing that public servants should, as a general proposition and subject to the requirements of the Official Languages Act respecting the provision of services to the public, be able to carry out their duties in the Public Service of Canada in the official language of their choice;

Do hereby recognize and approve the following Principles for achieving the foregoing:

. . .

(6) that unilingual incumbents of bilingual positions may elect to become bilingual and undertake language training or transfer to another job having the same salary maximum, or, if they were to decline such a transfer, to remain in their positions even though the posts have been designated as bilingual; [Underlining added.]

Three options are envisaged in paragraph (6) of the Joint Resolution:

(i) become bilingual,

(ii) transfer to another job,

(iii) remain in present position.

Acceptance of unilingual incumbents in bilingual posts was later reflected in Treasury Board circular 1973-88 of June 29, 1973:

20. Unilingual incumbents of positions identified as bilingual will be given the opportunity of taking up to twelve months in language training to enable them to become bilingual. If they choose not to become bilingual, or are unsuccessful in their efforts to do so, they will be offered a transfer to a unilingual position which has a salary maximum at least within the range of one annual increment of the position previously occupied. If

conjointe de la Chambre des communes et du Sénat du Canada (*Journaux de la Chambre des communes du Canada*, le 6 juin 1973, nº 97). Voici l'extrait pertinent:

Que la Chambre,

(i) sachant que, comme le stipule la Loi sur les langues officielles, les langues française et anglaise ont un statut, des droits et des privilèges égaux quant à leur emploi dans toutes les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada;

sachant qu'il incombe aux ministères et organismes du gouvernement du Canada de veiller à ce que, conformément à ladite Loi, le public puisse communiquer avec eux et obtenir leurs services dans les deux langues officielles; tout en

reconnaissant que les fonctionnaires devraient pouvoir, en règle générale, et sujet aux dispositions de la Loi sur les langues officielles relatives aux services à donner au public, accomplir leurs fonctions au sein du gouvernement du Canada dans la langue officielle de leur choix;

Reconnaisse et approuve par les présentes les principes suivants en vue d'atteindre les objectifs susmentionnés;

. . .

(6) tout titulaire unilingue d'un poste bilingue peut choisir d'entreprendre une formation linguistique et de devenir bilingue, ou d'être muté à un autre poste dont le salaire maximal est le même que celui du poste dont il était titulaire; ou encore, s'il devait refuser une telle mutation, de conserver son poste même si celui-ci a été désigné comme bilingue; [C'est moi qui souligne.]

Le paragraphe 6 de la Résolution conjointe envisage trois possibilités:

(i) devenir bilingue,

(ii) être muté à un autre poste,

(iii) conserver son poste.

Par la suite, la circulaire du Conseil du Trésor nº 1973-88 du 29 juin 1973 envisage le maintien de titulaires unilingues dans des postes bilingues:

20. Les titulaires unilingues des postes identifiés comme bilingues se verront offrir un stage de formation linguistique pouvant aller jusqu'à douze mois, afin de leur permettre de devenir bilingues. S'ils choisissent de ne pas devenir bilingues, ou s'ils ne réussissent pas à le devenir, on leur offrira une mutation à un poste unilingue dont le salaire maximum se situe au moins à une augmentation statutaire près du poste qu'ils occupaient

they decline a transfer, they will be entitled to remain in their position, even though the position has been designated as bilingual. Where, under the above circumstances, a unilingual employee occupies a position designated as bilingual, the Department concerned will be required to make alternative administrative arrangements to meet the language requirements of the position. The Treasury Board will provide the necessary funds and man-years to give effect to these arrangements. [Underlining added.]

This policy was given statutory recognition in the *Public Service Employment Act*. Section 20 of the *Act* provides that employees appointed to the Public Service shall be qualified in English and French "to the extent that the Commission deems necessary in order that . . . effective service can be provided to the public". An exception to the general requirement of bilingualism is created by the *Public Service Official Languages Exclusion Order*. Section 6(*a*) of the *Exclusion Order* exempts incumbents of positions in the Public Service from any requirement of bilingualism. It states:

> 6. The following persons are hereby excluded from the operation of section 20 of the Act, in so far as the knowledge and use of both official languages is required for a bilingual position, for the period during which he occupies that bilingual position, namely,
>
> (*a*) any person who occupies a position, to which he was appointed for an indeterminate period, that he occupied at the time it was identified by the deputy head as requiring the knowledge and use of both official languages;
>
> . . .

Implicit in all of this, it seems to me, is the assurance to the unilingual incumbent that he will not be dismissed or adversely affected on the basis of language ability, or perhaps one should say, language inability.

II

Turning then to the position of air traffic controllers and, particularly, Mr. Kelso. In the early 1970's, the Ministry of Transport began study of the feasibility of introducing bilingual air traffic control at airports in the Province of Quebec. In 1974, the Ministry authorized the use of the French language, in addition to English, in the

précédemment. S'ils refusent cette mutation, ils conservent le droit de demeurer dans leur poste, même si celui-ci a été désigné comme bilingue. Lorsque, dans les circonstances précitées, un employé unilingue occupe un poste désigné comme bilingue, le ministère en cause devra prendre les dispositions administratives qui s'imposent afin de répondre aux exigences linguistiques du poste. Le Conseil du Trésor fournira les sommes et les années-homme nécessaires à la mise en œuvre de ces dispositions. [C'est moi qui souligne.]

Cette politique a reçu une consécration législative dans la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. L'article 20 de la Loi prévoit que les employés nommés à la Fonction publique doivent posséder une connaissance de l'anglais et du français «dans la mesure que la Commission estime nécessaire pour [qu'on] puisse . . . fournir au public un service efficace». Le *Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique* crée une exception à l'exigence générale de bilinguisme. L'alinéa 6*a*) du *Décret d'exclusion* exempte de toute exigence de bilinguisme les titulaires de postes de la Fonction publique. Le voici:

> 6. Sont exclus de l'application de l'article 20 de la loi, dans la mesure où la connaissance et l'usage des deux langues officielles sont requis pour un poste bilingue, pour la période durant laquelle ils occupent ce poste,
>
> *a*) tout employé qui occupe un poste auquel il a été nommé pour une période indéterminée et qu'il occupait au moment où le poste a été identifié par le sous-chef comme exigeant la connaissance et l'usage des deux langues officielles,
>
> . . .

A mon avis, on assure implicitement par là au titulaire unilingue qu'il ne sera pas renvoyé ni ne subira de préjudice en raison de sa compétence linguistique, ou peut-être devrait-on dire de son incompétence linguistique.

II

Examinons maintenant la situation des contrôleurs aériens et en particulier celle de M. Kelso. Au début des années 1970, le ministère des Transports a commencé à étudier la possibilité d'implanter le bilinguisme dans le contrôle de la circulation aérienne aux aéroports de la province de Québec. En 1974, le Ministère autorisait l'usage du fran-

provision of airport control service at five Quebec airports. Following assessment of this pilot project, the Minister of Transport announced in December of 1975 that the Government would begin phasing in bilingual air traffic control throughout the province. To implement this policy, controllers throughout Quebec would have to be fluently bilingual, at least in terms of work-related terminology.

Such a requirement obviously clashed with the principle that incumbents in the Public Service would be entitled to remain in their positions even after the positions had been designated bilingual. One suggested resolution of the conflict was the provision of a bilingual "double" for each unilingual controller who refused a transfer or was unwilling or unable to meet the language requirements. This alternative was unacceptable to the Ministry, which felt that "their [*i.e.*—unilingual controllers] continued presence would constitute a threat to the safety and security provisions for which Transport is responsible under the Aeronautics Act" (Transport Canada Submission to Treasury Board, March 24, 1976). Accordingly, the Ministry requested Treasury Board to approve a special "relocation package" which would encourage unilingual controllers to transfer voluntarily out of Quebec. Treasury Board approved this package on April 8, 1976.

Mr. Kelso refused the opportunity of language training. His experience in growing up in Quebec and one month of language training left him with the opinion that he would never be able to attain the necessary proficiency in French.

In December 1975, controllers at the Montreal Area Control Centre were notified that air traffic control services in the Quebec Region would, in the future, be provided in French and English. These controllers were offered the opportunity to apply for transfers out of Quebec Region with special benefits. Employees were permitted to review both their decisions to transfer and the

çais, en plus de l'anglais, dans les services de contrôle aérien de cinq aéroports du Québec. Suite à l'évaluation de ce projet-pilote, le ministre des Transports annonçait en décembre 1975 que le gouvernement allait introduire graduellement le bilinguisme dans le contrôle de la circulation aérienne dans toute la province. Pour mettre cette politique en œuvre, il fallait que tous les contrôleurs du Québec maîtrisent couramment les deux langues, du moins pour ce qui est du vocabulaire spécialisé.

Pareille exigence entrait manifestement en contradiction avec le principe que les titulaires de postes dans la Fonction publique auraient le droit de les conserver, même après la désignation de ces postes comme bilingues. On a proposé de régler le conflit en donnant une «doublure» bilingue à chaque contrôleur unilingue qui refusait une mutation ou qui ne voulait pas ou ne pouvait pas satisfaire aux exigences linguistiques. Le Ministère a jugé cette solution inacceptable car «il est à craindre que leur [celle des contrôleurs unilingues] présence continue entraverait l'application des mesures de sécurité dont est responsable le ministère des Transports en vertu de la Loi sur l'aéronautique» (Présentation de Transports Canada au Conseil du Trésor, le 24 mars 1976.) Le Ministère a alors demandé au Conseil du Trésor d'approuver un «ensemble de mesures» spéciales qui inciterait les contrôleurs unilingues à demander leur mutation hors du Québec. Le Conseil du Trésor a approuvé ces mesures le 8 avril 1976.

M. Kelso a refusé de suivre la formation linguistique. Son expérience, savoir, d'avoir grandi au Québec et d'avoir suivi un mois de formation linguistique, l'avait convaincu qu'il ne pourrait jamais atteindre le niveau requis de compétence en français.

En décembre 1975, les contrôleurs du Centre de contrôle de la région de Montréal ont été avisés que le service de contrôle de la circulation aérienne au Québec serait à l'avenir assuré dans les deux langues officielles. On leur a alors donné la possibilité de demander leur mutation à l'extérieur du Québec avec des avantages spéciaux. Une fois leur demande présentée, les employés pouvaient chan-

destinations of their transfers once the applications had been made.

In February of 1976, Mr. Kelso applied for transfer to Halifax. On March 31, 1976, his position was declared bilingual. He was thereafter, a unilingual incumbent of a bilingual position. In July of that year, he changed his requested destination to Cornwall.

Nothing came of the application for transfer until February of 1978, at which time Mr. Kelso was informed that the date of his move would be May 1, 1978. He then had a change of heart. In April 1978, he informed the Ministry that he was withdrawing his request for transfer and asserting his right to remain in his position in Montreal.

Officials at the Ministry did not take kindly to this. Mr. Kelso's superiors told him he had two options only: he could accept the transfer to Cornwall, or he would be released for incapacity under s. 31 of the *Public Service Employment Act*; he was given two days within which to decide. He decided to accept the offer of employment in Cornwall but under protest, stating that he had been required to accept the transfer to protect his employment in the Public Service.

Mr. Kelso shortly thereafter commenced an action in the Federal Court claiming he was entitled to be reinstated in his position in the Montreal region. Mr. Justice Mahoney of the Trial Division refused relief. Mahoney J. accepted the argument that the transfer was contrary to the Joint Resolution of Parliament, but held that a Resolution of the House of Commons is not legally binding. He also found it would have been unlawful for the Crown to have dismissed Kelso for incapacity in light of s. 6(*a*) of the *Exclusion Order*. He found that Mr. Kelso did not freely and willingly accept the transfer to Cornwall and that the pressure on him to do so was "real". He went on to conclude, however, that when Mr. Kelso accepted the transfer to Cornwall his right to remain in his position in Montreal was extinguished: " ... a judgment will not issue declaring a past right that has been utterly extinguished". He held that a right to be reinstated did not flow from the fact that Mr. Kelso could successfully

ger tant leur décision relative à leur mutation que celle relative au lieu choisi.

En février 1976, M. Kelso a demandé une mutation à Halifax. Le 31 mars 1976, son poste a été déclaré bilingue. Il est donc devenu le titulaire unilingue d'un poste bilingue. En juillet de la même année, il a changé d'avis et demandé d'être muté à Cornwall.

Sa demande de mutation n'a eu aucune suite jusqu'en février 1978, quand on l'a informé que son départ était fixé au 1^er^ mai 1978. Il a alors changé son fusil d'épaule. En avril 1978, il a avisé le Ministère qu'il retirait sa demande de mutation et qu'il se prévalait de son droit de demeurer dans son poste à Montréal.

Les fonctionnaires du Ministère ont mal pris sa décision. Les supérieurs de M. Kelso l'ont avisé qu'il avait un seul choix: à défaut d'accepter la mutation à Cornwall, il serait renvoyé pour incapacité en vertu de l'art. 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. On lui a donné deux jours pour se décider. Il a décidé d'accepter l'offre d'emploi à Cornwall, mais sous réserve, déclarant être obligé d'accepter la mutation pour protéger son emploi dans la Fonction publique.

Peu après, M. Kelso a intenté une action en Cour fédérale alléguant qu'il avait le droit d'être rétabli dans son poste dans la région de Montréal. En Division de première instance, M. le juge Mahoney l'a débouté de sa demande. Le juge Mahoney a accepté l'argument que la mutation était contraire à la Résolution conjointe du Parlement, mais il a jugé qu'une résolution de la Chambre des communes ne lie personne en droit. Il a aussi conclu que le gouvernement aurait agi illégalement s'il avait renvoyé Kelso pour incapacité, vu l'al. 6*a*) du *Décret d'exclusion*. Il a conclu que M. Kelso n'a pas accepté librement et volontairement d'être muté à Cornwall et que les pressions exercées sur lui étaient «réelles». Il a toutefois fini par conclure que lorsque M. Kelso a accepté la mutation à Cornwall, son droit de demeurer dans le poste de Montréal s'est éteint: «... la Cour ne rendra pas de jugement déclarant un droit passé, totalement éteint». Il a jugé que ni le fait que M. Kelso aurait pu contester, avec succès, son renvoi

have resisted his removal for incapacity or from the fact that Mr. Kelso gave up the position under threat of an illegal removal and under protest.

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal from this judgment. All three judges agreed that whatever right Mr. Kelso may have had to remain in the position in Montreal was extinguished when he accepted the position in Cornwall. The Chief Justice, speaking for himself and Kerr J., held that Mr. Kelso was entitled to a declaration only if the transfer to Cornwall had been a "nullity". The reason for introducing the notion of "nullity" is not clear, though it may flow from the precise wording of s. 6(*a*) of the *Exclusion Order* which states that an incumbent is entitled to be exempted from the requirements of bilingualism only "for the period during which he occupies that bilingual position". The Court seems to have assumed that Mr. Kelso would be entitled to a declaration only if he still occupied the position. If it could be determined that he had left the position, then he was no longer entitled to the protection of the *Exclusion Order*. If, however, the transfer was a "nullity", then it could be said he had never left the position. Jackett C.J. decided that the consent obtained to the transfer was not vitiated by duress and accordingly denied the claim for relief. He dealt with the matter in these terms:

> On the other hand, there is nothing to indicate that the officers concerned did not act under a *bona fide* belief that, as the appellant himself alleges in his statement of claim, "position TACQ-0274 ... was designated bilingual" and he had become "a unilingual incumbent of a bilingual position"; and, assuming that that was so, it is difficult to see in what way the "pressure" exerted was improper. In any event, even if there had been a lack of *bona fides* on their part in the action that they took, I am not convinced that the result would be that his consent to the transfer was a nullity. If it was not a nullity, the appellant is not, in my view, entitled to the first declaration that he seeks.

III

Before this Court, counsel for the Crown argued but faintly the submissions which found favour with the Federal Court of Appeal. Instead, counsel advanced a separate line of argument based on the

pour incapacité, ni le fait qu'il ait abandonné son poste sous la menace d'un renvoi illégal et sous réserve, ne lui donnent le droit d'être rétabli dans son poste.

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de ce jugement. Les trois juges ont convenu que, quel que droit que M. Kelso ait pu avoir de demeurer dans le poste de Montréal, ce droit s'est éteint lorsqu'il a accepté le poste de Cornwall. En son nom et au nom du juge Kerr, le Juge en chef a conclu que M. Kelso aurait droit à un jugement déclaratoire seulement si la mutation à Cornwall était «nulle». La raison du recours à la notion de «nullité» n'est pas claire, mais il peut découler du texte précis de l'al. 6*a*) du *Décret d'exclusion* qui énonce que les titulaires ont le droit d'être exemptés des exigences de bilinguisme seulement «pour la période durant laquelle ils occupent ce poste bilingue». La Cour a apparemment présumé que M. Kelso aurait droit à un jugement déclaratoire seulement s'il occupait encore le poste. Si l'on peut établir qu'il l'a quitté, il n'a plus droit à la protection du *Décret d'exclusion*. Si, par contre, la mutation était «nulle», on pourrait alors dire qu'il ne l'a jamais quitté. Comme le juge en chef Jackett a décidé que le consentement à la mutation n'avait pas été vicié par la contrainte, il a refusé d'accorder le redressement demandé. Voici comment il a traité la question:

> Par contre, rien ne permet de croire que les fonctionnaires concernés n'ont pas agi en toute bonne foi, avec la conviction que, comme l'appelant l'a lui-même allégué dans sa déclaration, [TRADUCTION] «le poste TACQ-0274 ... avait été désigné bilingue» et que l'appelant était devenu «le titulaire unilingue d'un poste bilingue»; si l'on accepte ceci, je ne vois pas comment les «pressions» exercées sur ce dernier pourraient être qualifiées d'illicites. D'ailleurs, même si ces fonctionnaires n'avaient pas agi de bonne foi, je ne suis pas convaincu que le consentement de l'appelant à sa mutation serait nul. En conséquence, j'estime que celui-ci n'a pas droit à la première déclaration sollicitée.

III

Devant cette Cour, le substitut du procureur général a plaidé les points que la Cour d'appel fédérale avait retenus, mais sans insister. Il a par contre fait valoir toute une nouvelle argumentation

overriding power of the Crown to allocate and manage resources in the Public Service. These "management rights" are explicitly recognized by the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1), which provides, *inter alia*, that the Treasury Board may,

> (*a*) determine the manpower requirements of the public service and provide for the allocation and effective utilization of manpower resources within the public service;
>
> . . .
>
> (*c*) provide for the classification of positions and employees in the public service;

The Crown argues that the effect of s. 6(*a*) of the *Exclusion Order* is merely to exempt the employees to whom it is applicable from having to meet any language qualifications the Public Service Commission deems necessary; the section does not have the effect of vesting in the appellant a legal right in position TACQ-0274. Nor does it constitute a bar to the exercise by the Crown as represented by the Treasury Board (or by the Deputy Minister of Transport as the delegate of that Board) of its statutory authority to provide for the allocation and effective utilization of manpower resources within the Public Service and of the statutory authority of the Minister of Transport to manage and direct the Department of Transport. As broad propositions, there can be little debate as to most of these submissions. I agree that Mr. Kelso does not have any vested right in, or long-term tenure to, position TACQ-0274; there is no vested right in any particular position in the Public Service; the tenure is in the Service rather than to a position within that Service. No one is challenging the general right of the Government to allocate resources and manpower as it sees fit. But this right is not unlimited. It must be exercised according to law. The government's right to allocate resources cannot override a statute such as the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, or a regulation such as the *Exclusion Order*. In my view, the meaning and intent of this Order is such as to entitle an employee to remain in a position even though he does not meet the language requirements of the position.

fondée sur le pouvoir prépondérant du gouvernement de répartir et de gérer les ressources de la Fonction publique. Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, reconnaît explicitement ces «droits de gestion». Il prévoit notamment que le Conseil du Trésor peut,

> *a*) déterminer les effectifs nécessaires à la fonction publique et assurer la répartition et la bonne utilisation des effectifs au sein de la fonction publique;
>
> . . .
>
> *c*) prévoir la classification des postes et des employés au sein de la fonction publique;

Le gouvernement allègue que l'al. 6*a*) du *Décret d'exclusion* a seulement pour effet d'exempter les employés auxquels il s'applique de posséder les compétences linguistiques que la Commission de la Fonction publique estime nécessaires; cet alinéa n'a pas pour effet de conférer à l'appelant un droit au poste TACQ-0274. Il n'empêche pas non plus le gouvernement, représenté par le Conseil du Trésor (ou par le sous-ministre des Transports à titre de délégué du Conseil), d'exercer les pouvoirs que lui confère la loi pour assurer la répartition et la bonne utilisation des effectifs au sein de la Fonction publique, ni d'exercer les pouvoirs que la loi confère au ministre des Transports pour diriger et gérer le ministère des Transports. En tant qu'énoncés généraux, la plupart de ces allégations ne sont pas vraiment discutables. Je conviens que M. Kelso n'a aucun droit acquis au poste TACQ-0274 ni n'a de statut permanent à long terme. Il n'existe pas de droits acquis à un poste donné de la Fonction publique; le statut permanent existe au sein de la Fonction publique, plutôt qu'à l'égard d'un poste donné. Personne ne conteste le droit général du gouvernement de répartir les ressources et les effectifs comme il le juge approprié. Mais ce droit n'est pas illimité. Son exercice doit respecter la loi. Le droit du gouvernement de répartir les ressources ne peut l'emporter sur une loi telle que la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, ou sur un règlement tel que le *Décret d'exclusion*. A mon avis, de par le sens et la portée de ce Décret, un employé a le droit de demeurer dans un poste même s'il ne répond pas aux exigences linguistiques pertinentes.

Although the Joint Resolution of the House of Commons and the Senate of Canada passed in June 1973 may not be legally binding, in the sense of creating enforceable legal rights and obligations, it is, nonetheless, indicative of legislative intention. The resolution explicitly provided that unilingual incumbents of bilingual positions are entitled to "remain in their positions even though the posts have been designated as bilingual". Treasury Board Circular 1973-88 reinforces this view.

In short, I conclude that the *Exclusion Order* prohibits the government from "separating" an incumbent from his position on the sole basis of language. This includes an involuntary transfer as well as dismissal for incapacity under s. 31 of the *Public Service Employment Act*. The first submission of the Crown fails.

IV

The Crown relied, in the alternative, on the contentions that found favour in the courts below. This submission, not pleaded, was based on the proposition that Mr. Kelso had a "past right to remain" in his position in Montreal but that this right had been utterly extinguished when he accepted the transfer to Cornwall, notwithstanding that his acceptance was under protest and a threat of illegal removal from that position. The issue, in the Crown respondent's submission, is now 'dead' and cannot be the subject of a declaratory judgment.

The Court of Appeal accepted this argument. Jackett C.J. assumed that once the government succeeded in "separating" the incumbent from his position his rights were extinguished. The Court accordingly directed its mind to the question of whether the appellant in fact had been separated from his position. Jackett C.J. concluded that since the consent had not been a "nullity", Mr. Kelso in fact had been separated from his position and his "right to remain" had ended.

With respect, I do not think the issue is whether the appellant in fact had been separated from his position, but whether he has been separated *de jure*. The question is whether or not the Crown

Même si la Résolution conjointe de la Chambre des communes et du Sénat, adoptée en juin 1973, peut ne lier personne en droit, en ce sens qu'elle ne créerait pas de droits ni d'obligations exécutoires juridiquement, elle indique néanmoins l'intention du législateur. La résolution prévoit explicitement que tout titulaire unilingue d'un poste bilingue a le droit de «conserver son poste même si celui-ci a été désigné comme bilingue». La circulaire nº 1973-88 du Conseil du Trésor va dans le même sens.

En bref, je conclus que le *Décret d'exclusion* interdit au gouvernement d'«enlever» un poste à son titulaire sur le seul fondement de la langue. Ceci comprend une mutation involontaire de même qu'un renvoi pour incapacité en vertu de l'art. 31 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. La première prétention du gouvernement échoue.

IV

Subsidiairement, le gouvernement s'appuie sur les prétentions que les tribunaux d'instance inférieure ont agréées. Cette allégation, non plaidée, est fondée sur la proposition que M. Kelso avait un «droit passé de demeurer» dans le poste de Montréal, mais que ce droit s'est totalement éteint quand il a accepté sa mutation à Cornwall, nonobstant le fait qu'il n'a accepté que sous réserve et sous la menace d'un renvoi illégal. Selon l'allégation de l'intimée, il s'agit maintenant d'une question «révolue» qui ne peut faire l'objet d'un jugement déclaratoire.

La Cour d'appel a accepté cet argument. Le juge en chef Jackett a présumé qu'une fois que le gouvernement a réussi à «enlever» le poste au titulaire, les droits de ce dernier se sont éteints. La Cour a donc analysé la question de savoir si on avait de fait enlevé le poste à l'appelant. Le juge en chef Jackett a conclu que puisque le consentement de M. Kelso n'était pas «nul», on lui avait en fait enlevé son poste et que son «droit d'y demeurer» avait pris fin.

Avec égards, je ne crois pas que la question soit de savoir si l'on avait en fait enlevé le poste à l'appelant, mais plutôt de savoir si c'était le cas en droit. La question est de savoir si l'intimée avait le

respondent had the right to transfer Mr. Kelso out of his position on the sole basis of his language ability. I have already concluded that the Crown possessed no such right.

A contrary conclusion would lead to a curious result. At common law, employees were under a duty to obey all reasonable orders. (See *Pepper v. Webb*)[2]. This rule has been preserved in the collective bargaining context, where the employee must "obey now, grieve later" except where the order involves the performance of an illegal act or will endanger the safety of the worker. (See Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (1977) at p. 343, and cases cited therein.) Thus Mr. Kelso was under a duty to obey the order of the employer to accept the transfer to Cornwall. If Mr. Kelso had refused to accept the transfer, this might, in and of itself, have exposed him to disciplinary action. I cannot accept the submission that Mr. Kelso's rights were "extinguished" by the acceptance "under protest" of the transfer to Cornwall. It would be intolerable if employees were forced to risk disciplinary action in order to preserve legal rights. Rights are not extinguished by obeying the employer's instruction while at the same time contesting his decision. This maintains the employee in employment and mitigates potential losses if the decision should prove to be wrong. His rights are not extinguished because he chooses not to accept the risk of dismissal.

In the Court of Appeal the question of the *bona fides* of the officers and the impropriety of the pressure was raised. With respect, these considerations are irrelevant. In cases where an official lacks the legal authority to do an act it is no defence to a claim against him that he honestly believed he had the requisite authority. The pressure was "improper" because the officials had no legal authority to dismiss Mr. Kelso for failing to learn French, his rights being protected by regulation.

[2] [1969] 1 W.L.R. 514.

droit de muter M. Kelso sur le seul fondement de la compétence linguistique. J'ai déjà conclu que le gouvernement n'avait pas ce droit.

Une conclusion contraire entraînerait un résultat singulier. En *common law*, les employés avaient l'obligation d'obéir aux ordres raisonnables. (Voir *Pepper v. Webb*[2].) Cette règle subsiste dans le contexte de la négociation collective, où l'employé doit «obéir d'abord et déposer son grief ensuite», sauf si l'ordre implique l'exécution d'un acte illégal ou met en danger la sécurité du travailleur. (Voir Brown and Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (1977) à la p. 343 et les décisions y citées.) M. Kelso avait donc l'obligation d'obéir à l'ordre de son employeur d'accepter la mutation à Cornwall. Si M. Kelso avait refusé d'accepter la mutation, cela aurait pu du même coup l'exposer à une sanction disciplinaire. Je ne peux accepter l'allégation que l'acceptation «sous réserve» de la mutation à Cornwall aurait «éteint» les droits de M. Kelso. Il serait inique que des employés soient obligés de prendre le risque d'une sanction disciplinaire pour préserver leurs droits. L'obéissance aux instructions de l'employeur, accompagnée d'une contestation de sa décision, n'éteint pas les droits. En agissant ainsi l'employé conserve son emploi, ce qui atténue les pertes potentielles si la décision se révèle mauvaise. Ses droits ne sont pas éteints parce qu'il décide de ne pas prendre le risque d'être renvoyé.

En Cour d'appel, on a soulevé la question de la bonne foi des fonctionnaires et des pressions illicites exercées sur l'appelant. Avec égards, ces considérations ne sont pas pertinentes. Dans le cas où un fonctionnaire n'a pas légalement le pouvoir de faire quelque chose, sa conviction honnête qu'il a le pouvoir requis ne constitue pas un moyen de défense à une action intentée contre lui. Les pressions exercées sur M. Kelso étaient «illicites», parce que les fonctionnaires n'avaient pas légalement le pouvoir de le renvoyer pour n'avoir pas appris le français puisque ses droits étaient protégés par le règlement.

[2] [1969] 1 W.L.R. 514.

V

The final submission of the Crown is that a declaration should not be issued because it cannot have any practical effect. It is argued that the Public Service Commission has the exclusive right and authority to make appointments to the Public Service. Any declaration by the Court could not have the effect of precluding the exercise of such authority by the Commission, thereby depriving the declaration of any possible practical result.

It is quite correct to state that the Court cannot actually appoint Mr. Kelso to the Public Service. The administrative act of appointment must be performed by the Commission. But the Court is entitled to 'declare' the respective legal rights of the appellant and the respondent.

The Public Service Commission is not above the law of the land. If it breaches a contract, or acts contrary to statute, the courts are entitled to so declare.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and declare that the appellant is entitled to remain in, or be reinstated to, position TACQ-0274 in the Public Service of Canada. I would deny the appellant the further relief sought, namely, a declaration that he is entitled to be reimbursed for all extra costs incurred by him as a result of commuting to Cornwall, Ontario, from his home in Hudson Heights, Quebec. The appellant is entitled to costs in all courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff appellant: Nelligan/Power, Ottawa.

Solicitor for the defendant respondent: Roger Tassé, Ottawa.

V

Enfin, l'intimée allègue qu'il n'y a pas lieu de rendre un jugement déclaratoire puisqu'il ne peut avoir aucun effet pratique. On fait valoir que la Commission de la Fonction publique possède de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique. Un jugement déclaratoire de la Cour ne peut pas avoir pour effet d'empêcher la Commission d'exercer cette autorité, ce qui priverait le jugement de tout effet pratique.

Certes, il est tout à fait juste de dire que la Cour ne peut pas nommer M. Kelso à un poste de la Fonction publique. L'acte administratif de nomination est du ressort de la Commission. Mais la Cour a le droit de «déclarer» quels sont juridiquement les droits respectifs de l'appelant et de l'intimée.

La Commission de la Fonction publique n'est pas au-dessus des lois du pays. Si elle rompt un contrat ou contrevient à la loi, les tribunaux ont le droit de le déclarer.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de déclarer que l'appelant a le droit de demeurer ou d'être rétabli dans le poste TACQ-0274 de la Fonction publique du Canada. Je suis d'avis de refuser à l'appelant l'autre redressement demandé, savoir qu'il aurait droit au remboursement de tous les frais supplémentaires tenant à ses déplacements quotidiens entre Cornwall (Ontario) et son domicile à Hudson Heights (Québec). L'appelant a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs pour le demandeur appelant: Nelligan/Power, Ottawa.

Procureur pour la défenderesse intimée: Roger Tassé, Ottawa.

The Nova Scotia Government Employees Association and Alexander John Wilson *Appellants*;

and

The Civil Service Commission of Nova Scotia and The Attorney-General of Nova Scotia representing Her Majesty The Queen in the right of the Province of Nova Scotia *Respondents.*

1980: October 22; 1981: February 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Labour relations — Civil Service — Dismissal — Extent of Crown's right to dismiss civil servant — Effect of labour contract — Whether or not Crown's right to dismiss superseded by labour agreement — Civil Service Act, R.S.N.S. 1967, c. 34, ss. 9, 22, 57 — Civil Service Joint Council Act, R.S.N.S. 1967, c. 35, ss. 3, 8 — Nova Scotia Government Employees Association Act, 1973 (N.S.), c. 136, s. 6(d).

Appellant Wilson had been appointed to the Nova Scotia Public Service subject to a twelve-month probationary period which had been validly extended six months following a warning, with reason, that his work was unsatisfactory. After the Deputy Minister informed him that this services were not required on the expiry of the extended probationary period, Wilson filed a grievance which carried through to the appointment of a Civil Service Arbitration Board. The Board held that the Commission as the employer was the proper authority to dismiss Wilson—not the Deputy Minister—and ordered Wilson's confirmation as a permanent employee. Before this decision was rendered but after the grievance had been filed, an Order in Council terminated Wilson's employment pursuant to s. 57 of the Act. This termination, too, was grieved according to the agreement, but the Minister responsible rejected the request of the Civil Service Joint Council for the appointment of another arbitration board because it was " ... not the proper forum to challenge the actions of the Governor in Council". Appellants' originating notice of motion under the *Arbitration Act* for appointment of an arbitration board was dismissed; the appeal from this decision was unanimously dismissed by the Court of Appeal.

L'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse et Alexander John Wilson *Appelants*;

et

La Commission de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse et le procureur général de la Nouvelle-Écosse représentant Sa Majesté La Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse *Intimés.*

1980: 22 octobre; 1981: 17 février.

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

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

Relations de travail — Fonction publique — Congédiement — Portée du droit de Sa Majesté de congédier un fonctionnaire — Effet du contrat de travail — Le droit de congédiement de la Couronne est-il supprimé par une convention collective? — Civil Service Act, R.S.N.S. 1967, chap. 34, art. 9, 22, 57 — Civil Service Joint Council Act, R.S.N.S. 1967, chap. 35, art. 3, 8 — Nova Scotia Government Employees Association Act, 1973 (N.S.), chap. 136, art. 6d).

L'appelant Wilson a été nommé à la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse avec une période de stage de douze mois qui a été validement prolongée de six mois suivant un avertissement motivé que son travail n'était pas satisfaisant. Après que le sous-ministre l'a avisé que ses services ne seraient pas retenus après la fin de son stage prolongé, Wilson a formé un grief qui a suivi tous les paliers jusqu'à la nomination d'un conseil d'arbitrage de la Fonction publique. Le conseil a conclu que seule la Commission en tant qu'employeur pouvait congédier Wilson et non le sous-ministre, et il a ordonné qu'on confirme Wilson en tant qu'employé permanent. Avant que cette décision fût prise mais après la présentation du grief, un décret pris en conformité de l'art. 57 de la Loi a mis fin à l'emploi de Wilson. Ce renvoi a aussi fait l'objet d'un grief de façon prévue à la convention, mais le ministre responsable a refusé d'accéder à la demande du Conseil mixte de la Fonction publique qui voulait la nomination d'un autre conseil d'arbitrage parce qu'il « ... n'est pas la tribune appropriée où contester les mesures que prend le gouverneur en conseil». Par avis de requête introductif d'instance déposé en vertu de l'*Arbitration Act*, les appelants ont demandé la nomination d'un conseil d'arbitrage et leur requête a été rejetée; l'appel de cette décision a été rejeté à l'unanimité par la Division d'appel.

A rudimentary form of collective bargaining had been provided for in the *Civil Service Joint Council Act*. The collective agreement entered into between the appellant association and the Crown in right of Nova Scotia was ratified by regulation of the Civil Service Commission and that regulation was subsequently approved by Order in Council. The terms of the contract which included limitations on the Crown's right to dismiss at will, were authorized by the *Civil Service Act*. Sections 22 and 57 of that Act, however, respectively provided that appointments to the Civil Service were "during pleasure" and that "Nothing contained herein impair[ed] the power of the Governor in Council to remove any ... employee". The legal issue was whether, notwithstanding the regulation approving the collective agreement and notwithstanding the *Nova Scotia Government Employees Association Act*, the provincial Crown could refuse to recognize the terms of the collective agreement and ignore its provisions limiting the Crown's rights to dismiss at will by invoking ss. 22 and 57 of the *Civil Service Act*.

Held (Martland, Ritchie and Estey JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Laskin C.J. and Dickson, McIntyre and Chouinard JJ.: The provisions for a form of collective bargaining in the *Civil Service Joint Council Act* displaced ss. 22 and 57 of the *Civil Service Act* in respect of an agreement concluded by the Joint Council or established by arbitration. The combined effect of the approved regulation ratifying the agreement and the incorporation into that agreement of the *Civil Service Joint Council Act* arbitration provision excluded the application of s. 22. Section 57 did not constitute a grant of any fresh statutory power, but was merely a holding provision which left the power of the Governor in Council subject to contractual limitations. Far from s. 57's swallowing up both the collective agreement entered into by the Crown and the approving regulation, the collective agreement, approved by the Governor in Council and the Civil Service Commission, amounted to a deliberate subordination of whatever unilateral power of dismissal the Governor in Council might have had. The words "nothing herein contained" in s. 57 could not have had the effect of overcoming a bargain negotiated in good faith outside the purview of the *Civil Service Act* and under authorizing legislation. The law had gone too far towards establishing a relative equality of legal position as between the Crown and those with whom it dealt to warrant a reversion to an anachronism. The power to dismiss at pleasure was at best an implied term of employment if there was no contrary provision. The authorized collective agreement expressly displaced the

Une forme rudimentaire de négociation collective a été établie dans la *Civil Service Joint Council Act*. La convention collective conclue entre l'Association appelante et Sa Majesté du chef de la Nouvelle-Écosse a été ratifiée par règlement de la Commission de la Fonction publique et approuvée par décret. Les termes du contrat qui incluent les restrictions des droits de la Couronne de congédier à son gré, ont été autorisés par la *Civil Service Act*. Toutefois, les art. 22 et 57 de cette loi, respectivement, disposent que toute nomination à la Fonction publique était «à titre amovible» et que «Nulle disposition de la présente loi ne porte atteinte au pouvoir du gouverneur en conseil de révoquer ... un employé». La question juridique est de savoir si, nonobstant le règlement approuvant la convention collective et nonobstant la *Nova Scotia Government Employees Association Act*, la Couronne provinciale peut refuser de reconnaître les termes de la convention collective et en ignorer les dispositions qui restreignent les droits qu'elle peut avoir de congédier à son gré, en invoquant les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act*.

Arrêt (les juges Martland, Ritchie et Estey sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, McIntyre et Chouinard: Les dispositions relatives à une forme de négociation collective dans la *Civil Service Joint Council Act* supplantent les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act* à l'égard d'une convention conclue par le Conseil mixte ou établie par l'arbitrage. L'effet du règlement approuvé qui ratifie la convention combinée à l'incorporation dans cette convention de la disposition relative à l'arbitrage de la *Civil Service Joint Council Act*, est d'exclure l'application de l'art. 22. L'article 57 n'accorde aucun nouveau pouvoir, mais constitue simplement une disposition qui maintient, en faveur du gouverneur en conseil, un pouvoir qu'il peut restreindre contractuellement. L'article 57 est loin de faire disparaître la convention collective conclue par le gouvernement et le règlement qui l'approuve, au contraire, la convention collective, approuvée par le gouverneur en conseil et par la Commission de la Fonction publique, équivaut à une subordination délibérée de quelque pouvoir unilatéral de congédier que le gouverneur en conseil ait pu avoir. Les mots «nulle disposition de la présente loi» dans l'art. 57 ne peuvent avoir pour effet de prévaloir sur un accord négocié de bonne foi hors de la portée de la *Civil Service Act* et en vertu d'une loi l'autorisant. La Loi est allée trop loin dans l'établissement d'une égalité relative de situation juridique entre Sa Majesté et les personnes avec qui elle traite pour justifier le retour à un anachronisme. Le pouvoir de congédier à volonté est au plus une condition implicite d'un engagement s'il n'y avait

common law position, and while it did not derogate from the *Civil Service Act*, it did overcome the effect of s. 57.

Per Martland, Ritchie and Estey JJ., *dissenting*: Section 57 retained for the Governor in Council an overriding power to dismiss any civil employee, notwithstanding any other provision contained in the Act. The agreement operated only by virtue of a regulation made by the Commission pursuant to s. 9 of the Act. As the power to make the regulation remained subject to s. 57, the regulation could only be made subject to the power of the Governor in Council to dismiss. The Association's incorporating statute did not confer on it or its members any rights or privileges against the Crown. Bargaining, even though the Association was empowered to do so collectively with the Crown, had to be effected pursuant to the Act. The resulting agreement only acquired validity when approved by the Governor in Council as a regulation.

[*Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176; *Shenton v. Smith*, [1895] A.C. 229, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Nova Scotia[1], dismissing an appeal from the dismissal by Richard J. of a motion seeking arbitration. Appeal allowed.

Peter G. Green and *Joel E. Fichaud*, for the appellants.

William Wilson and *Mollie Gallagher*, for the respondents.

The judgment of Laskin C.J. and Dickson, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, which is here by leave of this Court, is whether the appellants are entitled to have a dismissal grievance submitted to arbitration under a collective agreement between the appellant Association and the Crown in right of Nova Scotia, represented by the provincial Civil Service Commission, or whether the Crown can legally insist that it retains an unimpaired power to dismiss at its pleasure employees, like the appellant Wilson, who are covered by the collective agreement.

[1] (1979), 33 N.S.R. (2d) 242; (1979), 57 A.P.R. 242.

aucune disposition contraire. La convention collective autorisée a supplanté de façon expresse la situation que prévoit la *common law* et même si elle ne déroge pas aux termes de la *Civil Service Act*, elle a détruit l'effet de l'art. 57.

Les juges Martland, Ritchie et Estey, *dissidents*: L'article 57 a pour effet de laisser au gouverneur en conseil un pouvoir prépondérant de congédier les fonctionnaires par dérogation à toute autre disposition de la Loi. La convention n'a d'effet qu'en vertu d'un règlement que la Commission a adopté conformément à l'art. 9 de la Loi. Etant donné que le pouvoir d'adopter le règlement reste assujetti aux termes de l'art. 57, le règlement ne pouvait être adopté que sous réserve du pouvoir de congédiement du gouverneur en conseil. La loi constitutive de l'Association ne confère ni à cette dernière ni à ses membres de droit ou privilège à l'encontre de Sa Majesté. Même si l'Association a le pouvoir de négocier collectivement avec Sa Majesté, la négociation devait se faire conformément à la Loi. La convention en découlant n'est devenue valide qu'après que le gouverneur en conseil l'eut approuvée en tant que règlement.

[Jurisprudence: *Reilly v. The King*, [1934] A.C. 176; *Shenton v. Smith*, [1895] A.C. 229.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse[1], qui a rejeté un appel du rejet par le juge Richard d'une requête visant un arbitrage. Pourvoi accueilli.

Peter G. Green et *Joel E. Fichaud*, pour les appelants.

William Wilson et *Mollie Gallagher*, pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Dickson, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question en litige dans ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, est de savoir si les appelants ont le droit de soumettre un grief de congédiement à l'arbitrage aux termes d'une convention collective conclue entre l'Association appelante et Sa Majesté du chef de la Nouvelle-Écosse, représentée par la Commission de la Fonction publique provinciale, ou si Sa Majesté peut légalement soutenir qu'elle conserve le plein pouvoir de congédier à son gré les employés qui, comme l'appelant Wilson, sont protégés par la convention collective.

[1] (1979), 33 N.S.R. (2d) 242; (1979), 57 A.P.R. 242.

Wilson was originally employed with probationary status for a twelve-month period from July 15, 1974. His probationary period was extended to January 14, 1976. By letter of December 23, 1975, he was notified that his services would no longer be required after January 14, 1976. He filed a grievance, pursuant to the collective agreement, and it was taken to arbitration, without protest by the Civil Service Commission of his right and that of the appellant Association to invoke arbitration under the collective agreement. The arbitration board found (indeed, it was conceded) that Wilson's services had not been validly terminated, and in its award of September 22, 1976, the Board held that Wilson had acquired permanent status as of January 15, 1976.

A l'origine, Wilson a été engagé à titre de stagiaire pour une période de douze mois à compter du 15 juillet 1974. La durée de son stage a été prolongée jusqu'au 14 janvier 1976. Par une lettre en date du 23 décembre 1975, il a été avisé que ses services ne seraient plus requis après le 14 janvier 1976. Conformément à la convention collective, il a formé un grief qui a été soumis à l'arbitrage, sans que la Commission de la Fonction publique ne s'oppose à son droit ni au droit de l'Association appelante de recourir à l'arbitrage en vertu de la convention collective. Le conseil d'arbitrage a conclu (en fait, on l'a admis) que Wilson n'avait pas été congédié validement, et, dans sa sentence arbitrale du 22 septembre 1976, il a décidé que Wilson avait acquis le statut d'employé permanent à compter du 15 janvier 1976.

Notwithstanding its participation in the arbitration, the Civil Service Commission was instrumental in having an order-in-council passed on February 12, 1976, terminating Wilson's employment, purporting to do so pursuant to s. 57 of the *Civil Service Act*, R.S.N.S. 1967, c. 34. I shall return to s. 57 and consider also other provisions of the *Civil Service Act*, such as s. 22 (upon which the Crown also relied before this Court) in due course. The arbitration board was, of course, aware of this when it made its award. It gave Wilson back pay for the period January 15, 1976, to February 12, 1976, noting that the Order in Council of February 12, 1976, was the subject of a second grievance that might proceed to arbitration. It is by reason of the refusal of the Civil Service Commission to proceed to arbitration on this second grievance that the case now before this Court arose.

Nonobstant sa participation à l'arbitrage, la Commission de la Fonction publique a contribué à faire adopter, le 12 février 1976, un décret qui mettait fin à l'emploi de Wilson, prétendument en application de l'art. 57 de la *Civil Service Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 34. Je reviendrai plus loin à l'art. 57 ainsi qu'à d'autres dispositions de la *Civil Service Act*, dont l'art. 22 (que Sa Majesté a aussi invoquées devant cette Cour). Bien sûr, le conseil d'arbitrage connaissait ce fait lorsqu'il a rendu sa sentence. Il a accordé à Wilson un salaire rétroactif pour la période du 15 janvier 1976 au 12 février 1976, en soulignant que le décret du 12 février 1976 faisait l'objet d'un second grief qui pourrait être soumis à l'arbitrage. La décision de la Commission de la Fonction publique de refuser l'arbitrage de ce second grief est à l'origine des présentes procédures.

The collective agreement entered into between the Association and the Crown in right of Nova Scotia, and executed on October 29, 1975, was made the subject of a ratifying regulation of the Civil Service Commission and was given Order in Council approval on November 25, 1975. The Order in Council recites that the Governor in Council was pleased to approve the regulation "on ... the recommendation of the Minister through whom the Civil Service Commission reports ...

La convention collective conclue entre l'Association et Sa Majesté du chef de la Nouvelle-Écosse et signée le 29 octobre 1975 a été ratifiée par règlement de la Commission de la Fonction publique et approuvée par décret le 25 novembre 1975. Le décret expose qu'il a plu au gouverneur en conseil d'approuver le règlement [TRADUCTION] «sur ... l'avis du ministre responsable de la Commission de la Fonction publique ... [et] sur l'avis de la Commission de la Fonction publique et en

[and] on the recommendation of the Civil Service Commission and pursuant to Section 9 of the *Civil Service Act*".

Section 9 of the *Civil Service Act* provides as follows:

9 The Commission, with the approval of the Governor in Council, may make regulations relating to employment in the Civil Service respecting:

(a) terms and conditions of employment;

(b) eligibility and qualifications for appointment;

(c) nature and extent of examination;

(d) classification and reclassification of employees;

(e) transfer and promotion of employees;

(f) compensation and increases in compensation of employees;

(g) termination of employment and what constitutes resignation;

(h) holidays, vacation, sick leave, special leave, and other absences;

(i) days and hours of work;

(j) hearing and determination of complaints and grievances;

(k) public service award;

(l) the keeping and making of records and reports relating to employees;

(m) any other matter deemed necessary or advisable for the better carrying out of the purposes and intent of this Act.

There is no question that it authorizes (lest there be any doubt about it) the terms of the collective agreement that was entered into between the Association and the Civil Service Commission on behalf of the Crown in right of Nova Scotia. The legal question that is raised by this case and, to which I now come, is whether, notwithstanding the regulation approving the collective agreement and notwithstanding the *Nova Scotia Government Employees Association Act*, 1973 (N.S.), c. 136, the provincial Crown may refuse to recognize the terms of the collective agreement, and ignore its provisions (which limit whatever rights it may have to dismiss at will), by invoking s. 22 and s. 57 of the *Civil Service Act*. The morality of the Crown's behaviour in this case is not the direct concern of this Court.

application de l'art. 9 de la *Civil Servic Act*».

L'article 9 de la *Civil Service Act* se lit comme suit:

[TRADUCTION] **9** La Commission, avec l'approbation du gouverneur en conseil, peut établir des règlements relatifs à l'emploi dans la Fonction publique concernant:

a) les conditions d'emploi;

b) l'admissibilité à un poste et les qualités requises;

c) la nature et le contenu des concours;

d) la classification et la reclassification des employés;

e) les mutations et l'avancement des employés;

f) les salaires et les augmentations de salaire des employés;

g) la cessation d'emploi et la définition de la démission;

h) les vacances, les congés, les congés de maladie, les congés spéciaux et les autres absences;

i) les jours ouvrables et les horaires de travail;

j) l'audition des plaintes et des griefs et les décisions y relatives;

k) les décisions relatives à la Fonction publique;

l) l'établissement et la tenue de dossiers concernant les employés;

m) toute autre question qu'elle estime nécessaire et favorable à la bonne administration de la présente loi.

Il est certain que cet article autorise (pour qu'il n'y ait aucun doute à cet égard) l'adoption de la convention collective conclue entre l'Association et la Commission de la Fonction publique au nom de Sa Majesté du chef de la Nouvelle-Écosse. La question juridique soulevée par cette affaire et, que j'aborde maintenant, est de savoir si, nonobstant le règlement approuvant la convention collective et nonobstant la *Nova Scotia Government Employees Association Act*, 1973 (N.S.), chap. 136, la Couronne provinciale peut refuser de reconnaître les termes de la convention collective et en ignorer les dispositions (qui restreignent les droits qu'elle peut avoir de congédier à son gré), en invoquant les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act*. Cette Cour n'a pas à examiner l'aspect moral du comportement du gouvernement dans l'espèce.

Sections 22 and 57 of the *Civil Service Act* read as follows:

22 Except where otherwise expressly provided, all appointments to the Civil Service shall be upon examination pursuant to this Act and the regulations and shall be during pleasure.

. . .

57 Nothing herein contained impairs the power of the Governor in Council to remove or dismiss any Deputy Head or employee.

It is sufficient to trace these provisions back to the *Civil Service Act 1952*, 1952 (N.S.), c. 4, which became c. 34 of R.S.N.S. 1954. In the Act they were, respectively, s. 23 and s. 46, the latter section being then formulated in different language. In 1962 a new *Civil Service Act* was enacted, amending and consolidating the then existing Act. The new Act, 1962 (N.S.), c. 3, retained s. 23 and what was s. 46 became s. 58, reading as it does now in the current Act. When these Acts of 1952 and 1962 were enacted there was no provision for collective bargaining in the civil service but the situation changed with the enactment of the *Civil Service Joint Council Act*, 1967 (N.S.), c. 6, which became R.S.N.S. 1967, c. 35.

The *Civil Service Joint Council Act* provided for the establishment of a Civil Service Joint Council composed of three public servants appointed by the Governor in Council and three members appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Nova Scotia Civil Service Association, an unincorporated association of persons in the employ of the provincial Government through appointment by the Civil Service Commission. There was to be an independent chairman of the Joint Council appointed by the Governor in Council.

The business of the Joint Council depended on the agenda prepared by the chairman pursuant to s. 3 of the Act. Under that section the chairman was obliged to

3 . . .

(d) put on the agenda at the request of a member any matter concerning the terms of employment of

Les articles 22 et 57 de la *Civil Service Act* se lisent comme suit:

[TRADUCTION] **22** Sauf une disposition expresse au contraire, toute nomination à la Fonction publique se fait par concours conformément à la présente loi et à ses règlements d'application et doit être faite à titre amovible.

. . .

57 Nulle disposition de la présente loi ne porte atteinte au pouvoir du gouverneur en conseil de révoquer ou de congédier un sous-ministre ou un employé.

Il suffit de remonter à la *Civil Service Act, 1952*, 1952 (N.S.), chap. 4, devenu le chap. 34 des R.S.N.S. 1954, pour trouver l'origine de ces dispositions. Dans cette loi, il s'agissait des art. 23 et 46 respectivement, le dernier article étant alors formulé de façon différente. En 1962, une nouvelle loi concernant la Fonction publique a été adoptée, modifiant et refondant la loi alors en vigueur. La nouvelle loi (1962 (N.S.), chap. 3) a conservé l'art. 23, et ce qui était l'art. 46 est devenu l'art. 58 dont la formulation est restée la même dans la loi actuelle. Lorsque ces lois de 1952 et de 1962 ont été adoptées, aucune disposition ne permettait les négociations collectives dans la Fonction publique, mais cette situation a changé avec l'adoption de la *Civil Service Joint Council Act*, 1967 (N.S), chap. 6, devenu R.S.N.S. 1967, chap. 35.

La *Civil Service Joint Council Act* prévoyait l'établissement d'un Conseil mixte de la Fonction publique, formé de trois fonctionnaires nommés par le gouverneur en conseil et de trois membres nommés par le gouverneur en conseil sur la recommandation de l'Association des fonctionnaires de la Nouvelle-Écosse, un groupement, non constitué en corporation, de personnes au service du gouvernement provincial nommées par la Commission de la Fonction publique. Le Conseil mixte devait avoir un président indépendant, nommé par le gouverneur en conseil.

Les débats du Conseil mixte suivaient l'ordre du jour établi par le président aux termes de l'art. 3 de la Loi. En vertu de cet article, le président était tenu

[TRADUCTION] **3** . . .

d) d'inscrire à l'ordre du jour, à la demande d'un membre, toute question relative aux conditions d'em-

civil servants including, but not so as to restrict the generality of the foregoing, working conditions, remuneration, leaves of absence and hours of work provided that he shall not put on the agenda any matter until he is satisfied that the appropriate proceedings in respect of the matter have been taken under Section 59 of the Civil Service Act and Regulations 61, 62 and 63 of the Regulations under the said Act; . . .

This provided a negotiating basis for the Joint Council as prescribed by s. 4 which was as follows:

4 The Joint Council shall consider and negotiate such matters as are put on the agenda by the chairman pursuant to Section 3.

If a decision was reached on matters on the agenda, s. 5 of the Act required that it be signed by the chairman and vice-chairman "and the chairman shall transmit it to the appropriate authority to be implemented and it shall be binding on the Association".

The *Civil Service Joint Council Act* provided for mediation if agreement could not be reached, and if mediation failed arbitration by a Civil Service Arbitration Board could be requested by either the Minister of Labour or the Association. Section 7(3) of the *Civil Service Joint Council Act* provided that the chairman of the Board sign its decisions and transmit them to the appropriate authority for implementation and they were to be binding on the Association.

A key section of the Act is s. 8, reading as follows:

8 The Governor in Council, notwithstanding the provisions of the Civil Service Act, is empowered to and subject to Section 9 shall implement any decision of the Joint Council or the Arbitration Board and the Civil Service Commission is empowered to and subject to Section 9 shall implement such a decision in the same manner as it implements a provision of the Civil Service Act or a regulation made thereunder.

It appears to me to be clear that the *Civil Service Joint Council Act*, providing as it does for a rudimentary form of collective bargaining, would by reason of s. 8, displace ss. 22 and 57 of the *Civil*

ploi des fonctionnaires, y compris, mais sans restreindre la généralité de ce qui précède, les conditions de travail, la rémunération, les congés et les horaires de travail, pourvu qu'il n'inscrive à l'ordre du jour aucune question à moins d'être convaincu que les procédures utiles à l'égard de cette question ont été prises suivant l'article 59 de la *Civil Service Act* et les articles 61, 62 et 63 de son règlement d'application; . . .

Cet article permettait au Conseil mixte de négocier de la façon prévue à l'art. 4 qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] **4** Le Conseil mixte étudie et négocie les questions que le président a portées à l'ordre du jour en conformité de l'article 3.

Si on prenait une décision sur les questions portées à l'ordre du jour, l'art. 5 de la Loi exigeait qu'elle soit signée par le président et le vice-président [TRADUCTION] «et que le président la transmette à l'autorité compétente pour qu'elle soit appliquée; elle lie l'association».

La *Civil Service Joint Council Act* prévoyait la médiation si on ne pouvait en venir à un accord et, en cas d'échec de la médiation, le ministre du Travail ou l'Association pouvait demander l'arbitrage d'un conseil d'arbitrage de la Fonction publique. Le paragraphe 7(3) de la *Civil Service Joint Council Act* prévoyait la signature des décisions de la Commission par le président et leur transmission à l'autorité compétente pour qu'elles soient exécutées, et ces décisions devaient lier l'Association.

L'article 8, un article clé de la Loi, se lit comme suit:

[TRADUCTION] **8** Par dérogation à la *Civil Service Act*, le gouverneur en conseil a le pouvoir de mettre à exécution les décisions du Conseil mixte ou du conseil d'arbitrage et, sous réserve de l'article 9, il est tenu de les exécuter. La Commission de la Fonction publique a le pouvoir d'exécuter ces décisions et, sous réserve de l'article 9, est tenue de le faire de la même façon qu'elle exécute les dispositions de la *Civil Service Act* ou ses règlements d'application.

Il me paraît clair qu'en établissant ainsi une forme rudimentaire de négociation collective, la *Civil Service Joint Council Act*, supplante, à cause de l'art. 8, les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act*

Service Act in respect of any concluded agreement by the Joint Council on security of employment or protection of employees against discharge unless for just cause. Equally, it would displace ss. 22 and 57 of the *Civil Service Act* if such security or protection arose as a result of a decision of the Civil Service Arbitration Board where the Joint Council was unable to reach agreement and arbitration was invoked to establish an agreement. Force is lent to this arrangement by the obligation laid upon the Nova Scotia Civil Service Association by s. 10 of the *Civil Service Joint Council Act* not to sanction, encourage or support, financially or otherwise, a strike by its members or any of them.

It may be suggested that a decision of the Joint Council or of the Civil Service Arbitration Board must first be made in the light of the provisions of the *Civil Service Act* and that it is only those decisions that pay deference to ss. 22 and 57 that are subject to implementation. This, in my view, would be a tortured interpretation of the scheme of the *Civil Service Joint Council Act*. Implementation is, in my view, inseparably connected with substantive decisions arrived at through negotiation or through arbitration. It must be remembered that the chairman prepares the negotiation agenda and is obliged to put on the agenda, *inter alia*, "any matter concerning the terms of employment of civil servants". This surely envisages the possibility of some protection against arbitrary discharge. There is no limitation in this respect based on ss. 22 and 57 of the *Civil Service Act* and the implementation provisions of s. 8 of the *Civil Service Joint Council Act* simply carry the process to its binding result by expressly excluding the *Civil Service Act* (and hence ss. 22 and 57) from qualifying the obligation of implementation. Indeed, it is the duty of a Court to give legislation a reasonable construction which will achieve its purpose and not seek to defeat it by technical refinements.

The *Civil Service Joint Council Act* was legislation posterior to the *Civil Service Act* and, with the former Act still in force, further legislation was enacted in 1973 incorporating the Nova Scotia

à l'égard d'une convention conclue par le Conseil mixte concernant la sécurité d'emploi ou la protection des employés contre les congédiements non motivés. De même, elle supplante les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act* si des questions de sécurité d'emploi ou de protection de l'employé résultent d'une décision du conseil d'arbitrage de la Fonction publique lorsque le Conseil mixte n'a pu en venir à un accord et qu'on a demandé l'arbitrage à cette fin. L'article 10 de la *Civil Service Joint Council Act* renforce cette façon de voir en interdisant à l'Association des fonctionnaires de la Nouvelle-Écosse d'approuver, d'encourager ou d'appuyer, financièrement ou autrement, une grève de ses membres ou d'une partie de ceux-ci.

On peut faire valoir qu'une décision du Conseil mixte ou du conseil d'arbitrage de la Fonction publique doit d'abord être rendue en fonction des dispositions de la *Civil Service Act* et que seules les décisions qui respectent les art. 22 et 57 sont exécutoires. Ce serait, selon moi, une interprétation dénaturée de l'économie de la *Civil Service Joint Council Act*. L'exécution est, à mon avis, indissociable des décisions de fond auxquelles on arrive par la négociation ou l'arbitrage. Il faut se rappeler que le président établit l'ordre du jour des négociations et qu'il est tenu de porter à l'ordre du jour, entre autres choses, «toute question relative aux conditions d'emploi des fonctionnaires». Cette disposition envisage sûrement la possibilité d'une protection quelconque contre le congédiement arbitraire. Il n'y a, à cet égard, aucune restriction fondée sur les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act*, et les dispositions de l'art. 8 de la *Civil Service Joint Council Act* relatives à l'exécution des décisions confirment simplement le caractère obligatoire du processus en précisant expressément que la *Civil Service Act* (donc ses art. 22 et 57) ne peut restreindre l'obligation d'exécuter ces décisions. De fait, la Cour a le devoir de donner à la loi une interprétation raisonnable qui lui fasse produire des effets et non de chercher à l'annuler par des subtilités de forme.

La *Civil Service Joint Council Act* est une loi postérieure à la *Civil Service Act* et, alors que l'ancienne loi était toujours en vigueur, une autre loi a été adoptée en 1973 constituant l'Association

Government Employees Association. This Association, an appellant in the present case, was obviously put in place to represent Nova Scotia Government employees instead of the old Civil Service Association. Its constituent statute, 1973 (N.S.), c. 136, stipulated as one of its objects (s. 2(d)) "to bargain collectively with Her Majesty the Queen in the right of Nova Scotia" and also (s. 2(e)) "to bargain collectively pursuant to the Trade Union Act with boards, agencies, and commissions of Her Majesty the Queen in the right of Nova Scotia from time to time appointed". Among the powers of the incorporated Association were those set out in s. 6(d), as follows:

> **6** The Association is empowered
>
> . . .
>
> (d) to enter into arrangements with any authorities, governmental, municipal, local, or otherwise that may seem conducive to the attainment of the Association's objects or any of them, and to obtain from any such authority, rights, privileges and concessions which the Association may have and the capacity to receive and may think desirable to obtain, to carry out, execute, exercise or comply with any such arrangements, rights, privileges and concessions;

It was in pursuance of its objects and powers that the Association negotiated the collective agreement out of which Wilson's grievances arose. That agreement runs the gamut of provisions commonly found in such documents. I think it important to highlight some of its provisions. Article 2.01 states that the Employer (defined as Her Majesty the Queen in the right of the Province of Nova Scotia as represented by the Civil Service Commission) recognizes the Association as the exclusive bargaining agent. Article 3.01 states that the agreement applies to and is binding on the Association, the employees and the Employer. Article 7.01 reproduces the already quoted provisions of s. 10 of the *Civil Service Joint Council Act* and, indeed, mentions the Act in forbidding the sanctioning or support or encouragement of a strike. Two central terms of the collective agreement are articles 23.01 and 24.01. Article 23.01 provides that "The provisions for Arbitration contained in the Civil Service Joint Council Act shall

des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse. Cette association, appelante en l'espèce, a été de toute évidence créée pour remplacer l'ancienne association des fonctionnaires comme représentante des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse. Sa loi organique, 1973 (N.S.), chap. 136, prévoit qu'elle a notamment pour objet (al. 2d)) [TRADUCTION] «de négocier collectivement avec Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Écosse» et aussi (al. 2e)) [TRADUCTION] «de négocier collectivement conformément à la *Trade Union Act* avec les conseils, les organismes et les commissions que Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Écosse constitue à l'occasion». Entre autres pouvoirs, l'Association a ceux qu'énonce l'al. 6d):

> [TRADUCTION] **6** L'Association a le pouvoir
>
> . . .
>
> d) de conclure avec les autorités gouvernementales, municipales, locales ou autres, les arrangements qui peuvent conduire à la réalisation de ses objets; d'obtenir de l'une de ces autorités les droits et privilèges que l'Association peut avoir, qu'il lui est permis d'accepter et qu'elle estime souhaitable d'obtenir pour appliquer, exécuter et exercer ces droits, privilèges et arrangements et s'y conformer.

C'est en application de ses objets et de ses pouvoirs que l'Association a négocié la convention collective qui est à l'origine du grief de Wilson. Cette convention comprend la gamme des dispositions qu'on trouve habituellement dans les documents de cette sorte. J'estime important de souligner certaines de ses dispositions. La clause 2.01 énonce que l'employeur (défini comme Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Nouvelle-Écosse, représentée par la Commission de la Fonction publique) reconnaît l'Association comme le seul agent négociateur. La clause 3.01 énonce que la convention s'applique à l'Association, aux employés et à l'employeur et les lie. La clause 7.01 reproduit les dispositions déjà citées de l'art. 10 de la *Civil Service Joint Council Act* et, de fait, cite l'interdiction faite dans la Loi d'approuver, d'appuyer ou d'encourager une grève. Les clauses 23.01 et 24.01 sont deux dispositions clé de la convention collective. La clause 23.01 prévoit que [TRADUCTION] «Les dispositions de la *Civil Ser-*

apply to grievances resulting from this Agreement". Article 24.01 states that "No employee who has completed his probationary period shall be disciplined by suspension without pay or by discharge except for just and sufficient cause". Article 24.03 is relevant in respect of discharge grievances because it provides for invocation of the grievance procedure at its final level and for consequent arbitration under the provisions of the *Civil Service Joint Council Act*.

What we have here, therefore, is a collective agreement between the Crown in right of Nova Scotia and the appellant Association which (1) protects civil servants covered by the agreement from discharge except for just and sufficient cause and (2) establishes arbitration by reference to the *Civil Service Joint Council Act* as the agreed method of resolving grievances, including grievances against allegedly unjustified discharge. If ss. 22 and 57 of the *Civil Service Act* were displaced where successful negotiations or, failing that, arbitration took place under the *Civil Service Joint Council Act*, has the situation changed by reason of the establishment of a more mature collective bargaining relationship between the Crown in right of Nova Scotia and the appellant Association through the incorporation of the Association with a stated object to bargain collectively with the Crown?

The power and authority of the Crown in right of Nova Scotia to enter into a collective agreement with the Association is unquestioned. The Crown would have it, however, that whatever other advantages and protection the agreement gave to civil servants they had no security against arbitrary discharge, although protection against this is one of the rationales of collective bargaining and represents a central feature of collective agreements in this country.

The contention is that both ss. 22 and 57 of the *Civil Service Act* operate to limit the reach of the collective agreement to provide protection against allegedly unjustified discharge and to require arbi-

vice Joint Council Act relatives à l'arbitrage s'appliquent aux griefs résultant de la présente convention». La clause 24.01 énonce que [TRADUCTION] «Nul employé qui a terminé sa période de stage ne doit faire l'objet de mesures disciplinaires par suspension sans solde ou par renvoi si ce n'est pour un motif juste et suffisant». La clause 24.03 s'applique à l'égard des griefs pour cause de congédiement puisqu'elle permet d'invoquer la procédure de grief au dernier palier et qu'elle permet le recours à l'arbitrage en vertu des dispositions de la *Civil Service Joint Council Act*.

Il s'agit par conséquent, en l'espèce, d'une convention collective entre Sa Majesté du chef de la Nouvelle-Écosse et l'Association appelante, et cette convention (1) protège les fonctionnaires que vise la convention contre les congédiements sans motif juste et suffisant, et (2) prévoit l'arbitrage en vertu de la *Civil Service Joint Council Act* comme mode reconnu de règlement des griefs, y compris les griefs contre les congédiements qui ne seraient pas justifiés. Si les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act* sont supplantés dans le cas de négociations menées à bonne fin ou, à défaut, dans le cas d'arbitrage en vertu de la *Civil Service Joint Council Act*, est-ce que la situation change du fait de l'établissement, en matière de négociations collectives, de relations plus élaborées entre Sa Majesté du chef de la Nouvelle-Écosse et l'Association appelante par suite de la constitution de l'Association ayant pour objet précis de négocier collectivement avec Sa Majesté?

On ne conteste pas le pouvoir de Sa Majesté du chef de la Nouvelle-Écosse de conclure une convention collective avec l'Association. Selon Sa Majesté, cependant, quels que soient les autres avantages et la protection que la convention accorde aux fonctionnaires, ceux-ci n'ont aucune protection contre le congédiement arbitraire, même si la protection à cet égard est une des raisons d'être de la négociation collective et constitue, dans ce pays, un élément clé des conventions collectives.

On prétend que les art. 22 et 57 de la *Civil Service Act* ont pour effet de restreindre la portée de la convention collective quant à la protection contre les congédiements qui ne seraient pas justi-

tration of a discharge grievance. I do not think that this contention is maintainable. In my view, the combined effect of the approved regulation under s. 9 of the *Civil Service Act* ratifying the collective agreement with the Association and the incorporation into the arbitration clause of that agreement of the provision for arbitration in the *Civil Service Joint Council Act* is to exclude the application of s. 22. I do not read the words therein "Except where otherwise expressly provided" as necessarily requiring that the express provision otherwise should be in a different enactment. Indeed, s. 9(a) of the *Civil Service Act*, in authorizing regulations respecting "terms and conditions of employment" must contemplate that such terms and conditions might limit the power to dismiss at pleasure. It would be different if s. 22 read "notwithstanding anything in or authorized by this Act". The Crown itself appeared to have no doubt of its position under the collective agreement when it negotiated the agreement with protection against unjustified discharge and agreed to arbitrate grievances and when it approved a regulation giving force to the collective agreement.

Again, I do not see how s. 57 of the *Civil Service Act* can stand in the way of the claim of the appellants. There are two views that may be taken of s. 57. One view is that it merely restates the common law position that employees of the Crown hold at pleasure, at least if there is nothing in their terms of engagement to dictate otherwise; *cf. Reilly v. The King*[2], at p. 179. The other view is that the provisions of the *Civil Service Act* should not be read as impairing the power of dismissal or removal. Neither of these views controls the present case.

Indeed, whichever of these two views is taken, the essential feature of s. 57 is that it does not constitute a grant of any fresh statutory power. It is merely a holding provision and leaves the power of the Governor in Council subject to such limitations as he may contract to accept. Far from s. 57

[2] [1934] A.C. 176.

fiés et à l'arbitrage d'un grief pour congédiement. Je ne crois pas qu'on puisse accepter cette prétention. A mon avis, l'effet du règlement approuvé en vertu de l'art. 9 de la *Civil Service Act*, qui ratifie la convention collective conclue avec l'Association, combiné à l'incorporation, dans la clause d'arbitrage de cette convention, de la disposition relative à l'arbitrage de la *Civil Service Joint Council Act*, est d'exclure l'application de l'art. 22. Selon mon interprétation, les mots «Sauf une disposition expresse au contraire» dans cet article n'exigent pas nécessairement que la disposition expresse au contraire se retrouve dans un texte de loi différent. De fait, l'al. 9a) de la *Civil Service Act*, en autorisant les règlements relatifs aux «conditions d'emploi» doit envisager que ces conditions puissent restreindre le pouvoir de congédier à volonté. Il en serait autrement si l'art. 22 se lisait «nonobstant toute disposition prévue ou autorisée en vertu de la présente loi». Sa Majesté elle-même n'avait apparemment aucun doute sur sa position en vertu de la convention collective quand elle a négocié la convention, qui prévoit la protection contre les congédiements injustifiés, et a accepté l'arbitrage des griefs, et quand elle a approuvé un règlement mettant la convention collective en vigueur.

Encore une fois, je ne peux voir comment l'art. 57 de la *Civil Service Act* puisse faire obstacle à la réclamation des appelants. Il y a deux façons d'envisager l'art. 57. On peut estimer d'une part qu'il ne fait que formuler de nouveau la notion de *common law* selon laquelle les employés du gouvernement sont nommés à titre amovible, du moins si leurs conditions d'engagement ne prévoient pas le contraire; *cf. Reilly v. The King*[2], à la p. 179. On peut estimer d'autre part que les dispositions de la *Civil Service Act* ne doivent pas s'interpréter de façon à restreindre le pouvoir de congédier ou de révoquer. Aucun de ces points de vue ne régit la présente affaire.

De fait, que l'on adopte l'un ou l'autre de ces points de vue, la caractéristique essentielle de l'art. 57 est qu'il n'accorde aucun nouveau pouvoir. Il s'agit simplement d'une disposition qui maintient, en faveur du gouverneur en conseil, un pouvoir qu'il peut accepter de restreindre par convention.

[2] [1934] A.C. 176.

swallowing up the collective agreement entered into by the Crown and swallowing up the approving regulation under s. 9 of the *Civil Service Act*, the collective agreement, carrying the approval of the Governor in Council as well as of the Civil Service Commission, amounts to a deliberate subordination of whatever unilateral power of dismissal the Governor in Council otherwise might have had. Moreover, when s. 57 says "Nothing herein contained", it cannot have the effect of overcoming a bargain negotiated in good faith outside of the purview of the *Civil Service Act* and under other authorizing legislation.

I wish to dwell briefly on the nature of the common law power of the Crown to dismiss at pleasure. Section 57 uses the word "power" and not the word "prerogative", which has sometimes been used in this as in other connections where Crown authority is involved. In *Shenton v. Smith*[3], the Privy Council rejected the designation of "prerogative" to characterize the Crown's right to dismiss civil servants. The law in Canada, in Canadian provinces, as well as in other common law jurisdictions has gone far down the road to establishing a relative equality of legal position as between the Crown and those with whom it deals, too far in my opinion to warrant a reversion to an anachronism.

In a thorough canvass of Crown liability (with emphasis on Australia, New Zealand and the United Kingdom), Hogg points out that the legal basis of the rule of dismissal at pleasure is obscure: *Liability of the Crown* (1971), at p. 150. In its application to civil servants, it represented a somewhat uncritical acceptance of a rule governing members of the armed forces. Here one could, more properly, speak of prerogative but I see no correspondence between the position of members of the armed forces and civilian employees engaged in a variety of clerical jobs. Given that there was at common law a power to dismiss such employees at pleasure, I would opt for the view, the better view in Hogg's discussion of the matter (*op. cit.*, at p. 154), that this power can be subjected to contractual limitation.

[3] [1895] A.C. 229.

L'article 57 est loin de faire disparaître la convention collective conclue par le gouvernement et le règlement qui l'approuve en vertu de l'art. 9 de la *Civil Service Act*; au contraire, la convention collective, approuvée par le gouverneur en conseil et par la Commission de la Fonction publique, équivaut à une subordination délibérée de quelque pouvoir unilatéral de congédier que le gouverneur en conseil ait pu avoir. En outre, lorsqu'il dit «nulle disposition de la présente loi», l'art. 57 ne peut avoir pour effet de prévaloir sur un accord négocié de bonne foi hors de la portée de la *Civil Service Act* et en vertu d'une autre loi l'autorisant.

Je voudrais m'arrêter un instant à la nature du pouvoir que la *common law* accorde à Sa Majesté de congédier à volonté. L'article 57 emploie le mot «pouvoir» et non le mot «prérogative» qu'on a parfois employé à cet égard ou sous d'autres rapports lorsque l'autorité de Sa Majesté est en jeu. Dans *Shenton v. Smith*[3], le Conseil privé a refusé de qualifier de «prérogative» le droit de Sa Majesté de congédier des fonctionnaires. Au Canada, dans les provinces canadiennes, et dans les autres pays de *common law*, le droit est allé loin dans l'établissement d'une égalité relative de situation juridique entre la Couronne et les personnes avec qui elle traite, trop loin à mon avis pour justifier le retour à un anachronisme.

Dans une étude approfondie de la responsabilité de la Couronne (en s'attachant plus à l'Australie, à la Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni), Hogg souligne que le fondement juridique de la règle du congédiement à volonté est obscur: *Liability of the Crown* (1971), à la p. 150. Son application aux fonctionnaires représentait une acceptation un peu automatique d'une règle régissant les membres des forces armées. Il serait plus juste de parler ici de prérogative, mais je ne vois aucun rapport entre la situation des membres des forces armées et celle des employés civils qui accomplissent toutes sortes de travaux de bureau. Etant donné que la *common law* accordait le pouvoir de congédier ces employés à volonté, j'opterais pour l'opinion que ce pouvoir peut être restreint contractuellement, soit la meilleure option dans l'étude que fait Hogg de cette question (*op. cit.*, à la p. 154).

[3] [1895] A.C. 229.

The Crown's capacity to contract, if it was ever in doubt, and the right to enforce against it contracts into which it has entered is underlined in Nova Scotia by the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, c. 239, s. 3(b). This provision, which is under the heading of "Substantive Law", gives the right to enforce claims against the Crown in all cases in which the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown. The statute, a general one, contains no exclusion or exemption of engagements with civil servants. At best, in my view, the power to dismiss at pleasure could be regarded as an implied term of an engagement which contained no contrary provision. That is not this case.

There are decisions, referred to by Hogg at pp. 151-5 of his book, which are not altogether consistent on the question whether the Crown may be sued on its contracts of employment or even on the question whether the relationship with employees may properly be characterized as contractual. I need not dwell on them here because, apart from what I regard as the preferable position, the legislation that operates in the present case puts the issue beyond debate.

Clearly, the common law position has been expressly displaced by an authorized collective agreement which owes as much to the *Nova Scotia Government Employees Association Act* as it does to the ratifying regulation under s. 9 of the *Civil Service Act*. Further, there is no derogation from the terms of the *Civil Service Act*. The effect of s. 57 has, rather, been overcome by a collective agreement negotiated outside the *Civil Service Act* by competent parties. They were entitled, pursuant to the authorization to bargain collectively found in the *Nova Scotia Government Employees Association Act*, to provide as they did for protection against allegedly unjustified dismissal and to adapt to their purposes the arbitration provisions of the *Civil Service Joint Council Act*, provisions which incorporate s. 8 of that Act directing the implementation of arbitration decisions notwithstanding the provisions of the *Civil Service Act*.

La capacité de la Couronne de se lier par contrat, si on en a déjà douté, et le droit de faire exécuter contre elle les contrats qu'elle a conclus, sont consacrés en Nouvelle-Écosse par la *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 239, à l'al. 3b). Cette disposition, sous le titre [TRADUCTION] «Droit positif», donne le droit de faire exécuter des réclamations contre la Couronne chaque fois qu'elles trouvent leur source dans un contrat conclu par la Couronne ou en son nom. Ce texte de loi, de portée générale, n'exclut ni n'exempte les engagements avec les fonctionnaires. Au mieux, à mon avis, le pouvoir de congédier à volonté peut être considéré comme une condition implicite d'un engagement qui ne comporte aucune disposition contraire. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Les décisions, dont Hogg fait mention aux pp. 151 à 155 de son ouvrage, ne concordent pas toutes sur la question de savoir si Sa Majesté peut être poursuivie relativement aux contrats d'embauche de son personnel ou même sur la question de savoir si le rapport avec ses employés peut être qualifié à bon droit de contractuel. Je n'ai pas à m'y attarder ici puisque, indépendamment de ce que j'estime être la meilleure solution, les lois qui s'appliquent en l'espèce rendent la question superflue.

Il est clair que la situation que prévoit la *common law* a été supplantée de façon expresse par une convention collective autorisée qui tient autant de la *Nova Scotia Government Employees Association Act* que du règlement la ratifiant en vertu de l'art. 9 de la *Civil Service Act*. En outre, on ne déroge pas aux termes de la *Civil Service Act*. En effet, une convention collective négociée, hors de la portée de la *Civil Service Act*, par des parties habilitées à le faire, a détruit l'effet de l'art. 57. Conformément à la *Nova Scotia Government Employees Association Act* qui autorise la négociation collective, les parties avaient le droit d'établir, comme elles l'ont fait, un mécanisme de protection contre les congédiements qui ne seraient pas justifiés et d'adapter à leurs fins les dispositions de la *Civil Service Joint Council Act* relatives à l'arbitrage, dispositions qui incorporent l'art. 8 de cette loi ordonnant l'exécution des décisions arbitrales, nonobstant les dispositions de la *Civil Service Act*.

This is sufficient to dispose of this case, without reference to other considerations urged upon the Court by the appellants. I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgments of the courts below and direct that Wilson's second grievance be submitted to arbitration under the collective agreement. The appellants are entitled to costs throughout.

Ces motifs suffisent à régler cette affaire et point n'est besoin d'examiner les autres moyens que les appelants ont fait valoir devant cette Cour. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les décisions des cours d'instance inférieure et d'ordonner que le second grief de Wilson soit soumis à l'arbitrage aux termes de la convention collective. Les appelants ont droit à leurs dépens dans toutes les cours.

The reasons of Martland, Ritchie and Estey JJ. were delivered by

MARTLAND J.—This appeal is from a judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia which unanimously upheld the judgment at trial sustaining the right of the Governor in Council to dismiss the appellant, Wilson, an employee in the civil service under the provisions of s. 57 of the *Civil Service Act* ("the *Act*"), R.S.N.S. 1967, c. 34. These judgments rejected the contention of the appellants that it was necessary for the Crown to show just and sufficient cause for the dismissal, pursuant to the provisions of an agreement made between Her Majesty in Right of the Province of Nova Scotia, represented by the Civil Service Commission ("Commission"), and the Nova Scotia Government Employees Association ("Association"), hereinafter referred to as "the agreement".

The facts which give rise to this appeal are as follows.

The appellant Wilson ("Wilson") was appointed on a probationary basis as a Soil and Crops Specialist with the Department of Agriculture and Marketing on July 15, 1974. The position requires the skills of a trained agronomist and involves making recommendations to farmers on crop production methods. The probationary period was for twelve months and on June 20, 1975, Wilson was told by the Director of Soils and Crops that his work had proved unsatisfactory and that his appointment was not going to be made permanent. The Director gave him the reasons for his opinion. However, Wilson's probationary period was validly extended six months, due to expire on January 14, 1976.

Version française des motifs des juges Martland, Ritchie et Estey rendus par

LE JUGE MARTLAND—Cet appel attaque un arrêt de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui a confirmé à l'unanimité le jugement de première instance reconnaissant le droit du gouverneur en conseil de congédier l'appelant Wilson, un employé de la Fonction publique, en vertu des dispositions de l'art. 57 de la *Civil Service Act* («la *Loi*»), R.S.N.S. 1967, chap. 34. Ces décisions ont rejeté la prétention des appelants que Sa Majesté devait justifier le congédiement conformément aux dispositions d'une convention conclue entre Sa Majesté du chef de la province de la Nouvelle-Écosse, représentée par la Commission de la Fonction publique («la Commission»), et l'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse («l'Association»), ci-après appelée «la convention».

Les faits à l'origine de cet appel sont les suivants.

Le 15 juillet 1974, le Department of Agriculture and Marketing a nommé l'appelant Wilson («Wilson») au poste de spécialiste des sols et des cultures à titre de stagiaire. Ce poste exige les connaissances d'un agronome diplômé et comporte la tâche de faire des recommandations sur les méthodes de production des récoltes à l'intention des fermiers. La période de stage était de douze mois et, le 20 juin 1975, le directeur des sols et des cultures a dit à Wilson que son travail n'était pas satisfaisant et qu'il n'obtiendrait pas de poste permanent. Le directeur lui a expliqué les motifs de son opinion. Cependant, la période de stage de Wilson a été régulièrement prolongée de six mois, pour se terminer le 14 janvier 1976.

On December 10, 1975, Wilson was again told that his services were unsatisfactory. The Deputy Minister of Agriculture and Marketing by a letter dated December 23, 1975, informed Wilson that his services would not be required after the expiry of his probationary appointment on January 14, 1976. Wilson filed a grievance alleging that he was being treated unjustly and arbitrarily by not being recommended for a permanent position and by the termination of his employment on January 14, 1976.

Wilson's grievance proceeded through the levels of the grievance procedure stipulated by the agreement until a Civil Service Arbitration Board was appointed pursuant to s. 7 of the *Civil Service Joint Council Act*, R.S.N.S. 1967, c. 35 (now repealed by 1978 (N.S.), c. 3, s. 47). The Board held (and it was conceded) that by the terms of the agreement the Commission was the employer and therefore the Deputy Minister was not the proper person to dismiss Wilson. The Board on September 22, 1976, ordered that Wilson be confirmed as a permanent employee.

The relevant provisions of the agreement are as follows:

10.01 An employee may be appointed to his position on a probationary basis for a period not to exceed twelve months.

10.02 ...

(B) The Employer may, before the expiration of the employee's initial twelve month period of appointment on a probationary basis, extend the probationary appointment for a period not to exceed six months.

. . .

10.04 The Employer may terminate a probationary appointment at any time.

10.05 The Employer shall, after the employee has served in a position on a probationary basis for a period of twelve months, except as provided in Article 10.02 (B) confirm the appointment on a permanent basis.

. . .

23.01 The provisions for Arbitration contained in the Civil Service Joint Council Act shall apply to grievances resulting from this Agreement.

Le 10 décembre 1975, on a réitéré à Wilson que ses services n'étaient pas satisfaisants. Par une lettre en date du 23 décembre 1975, le sous-ministre du Department of Agriculture and Marketing a avisé Wilson que ses services ne seraient pas retenus après la fin de son stage le 14 janvier 1976. Wilson a formé un grief au motif qu'on le traitait de façon injuste et arbitraire puisqu'on ne le recommandait pas pour un poste permanent et qu'on mettait fin à son emploi le 14 janvier 1976.

Le grief de Wilson a suivi tous les paliers de la procédure de règlement des griefs prévue à la convention jusqu'à ce que soit nommé un conseil d'arbitrage de la Fonction publique, conformément à l'art. 7 de la *Civil Service Joint Council Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 35 (abrogée depuis aux termes de 1978 (N.S.), chap. 3, art. 47). Le conseil a conclu (ce qui a été admis) qu'aux termes de la convention, l'employeur était la Commission et que, par conséquent, le sous-ministre n'avait pas qualité pour congédier Wilson. Le 22 septembre 1976, le conseil a ordonné qu'on confirme Wilson en tant qu'employé permanent.

Les dispositions pertinentes de la convention sont les suivantes:

[TRADUCTION]

10.01 Un employé peut être nommé à un poste à titre de stagiaire pour une période d'au plus douze mois.

10.02 ...

(B) L'employeur peut, avant la fin de la période de nomination initiale de douze mois de l'employé à titre de stagiaire, prolonger la nomination de stagiaire pour une période d'au plus six mois.

. . .

10.04 L'employeur peut en tout temps révoquer une nomination à titre de stagiaire.

10.05 Sous réserve de la clause 10.02 (B), l'employeur doit, lorsque l'employé a occupé un poste à titre de stagiaire pendant une période de douze mois, confirmer la nomination à titre permanent.

. . .

23.01 Les dispositions de la *Civil Service Joint Council Act* relatives à l'arbitrage s'appliquent aux griefs résultant de la présente convention.

24.01 No employee who has completed his probationary period shall be disciplined by suspension without pay or by discharge except for just and sufficient cause.

. . .

24.03 Where an employee alleges that he has been suspended or discharged in violation of Article 24.01 he may within ten days of the date on which he was notified in writing or within twenty days of the date of his suspension or discharge, whichever is later, invoke the grievance procedure including provisions for Arbitration contained in the Civil Service Joint Council Act, and for the purpose of a grievance, alleging violation of Article 24.01 he shall lodge his grievance at the final level of the grievance procedure.

After the lodging of the grievance and before the decision of the Board was rendered, the Governor in Council by Order in Council 76-177 dated February 17, 1976, pursuant to s. 57 of the *Act*, terminated Wilson's employment, effective on and after February 12, 1976.

This termination of employment was grieved in the manner required by the agreement and the appointment of another Civil Service Arbitration Board was requested by the Civil Service Joint Council. The Minister responsible refused to appoint a board stating that "the Civil Service Arbitration Board is not the proper forum to challenge the actions of the Governor in Council".

The appellants applied by originating notice of motion under the *Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, c. 12, for appointment of an arbitration board to consider Wilson's grievance respecting his dismissal by the Order in Council. Counsel for the Attorney General claimed that the dismissal was not a "grievance resulting from this Agreement" (art. 23.01), that it was therefore not arbitrable, and that no arbitrators could be appointed.

The appellants' motion was dismissed. The appellants appealed to the Appeal Division. The appeal was dismissed by a unanimous judgment of

24.01 Nul employé qui a terminé sa période de stage ne doit faire l'objet de mesures disciplinaires par suspension sans solde ou par renvoi si ce n'est pour un motif juste et suffisant.

. . .

24.03 Lorsqu'un employé prétend avoir été suspendu ou renvoyé en violation de la clause 24.01, il peut, dans les dix jours de la date à laquelle il en a reçu avis par écrit, ou dans les vingt jours de la date de sa suspension ou de son renvoi, selon la dernière éventualité, avoir recours à la procédure de grief y compris les dispositions de la *Civil Service Joint Council Act* relatives à l'arbitrage, et, en cas de grief, alléguant une violation de la clause 24.01, il doit présenter son grief au dernier palier de la procédure de grief.

Après la présentation du grief et avant la décision du conseil, le gouverneur en conseil a mis fin à l'emploi de Wilson à compter du 12 février 1976, par le décret 76-177 du 17 février 1976 pris en conformité de l'art. 57 de la *Loi*.

Ce renvoi a fait l'objet d'un grief de la façon prévue à la convention, et le Conseil mixte de la Fonction publique a demandé la nomination d'un autre conseil d'arbitrage de la Fonction publique. Le ministre responsable a refusé de le faire en disant que [TRADUCTION] «le conseil d'arbitrage de la Fonction publique n'est pas la tribune appropriée où contester les mesures que prend le gouverneur en conseil».

Par avis de requête introductif d'instance déposé en vertu de l'*Arbitration Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 12, les appelants ont demandé la nomination d'un conseil d'arbitrage chargé d'étudier le grief de Wilson concernant son congédiement par décret. Le substitut du procureur général a fait valoir que le congédiement n'était pas [TRADUCTION] «un grief résultant de la présente convention» (clause 23.01), qu'il ne pouvait par conséquent être soumis à l'arbitrage et qu'aucun arbitre ne pouvait être nommé.

La requête des appelants a été rejetée. Les appelants ont fait appel devant la Division d'appel qui, à l'unanimité, a rejeté l'appel. Les appelants

the Appeal Division. The appellants have appealed to this Court from that judgment.

The matters in issue in this appeal occurred prior to the enactment of the *Civil Service Collective Bargaining Act*, 1978 (N.S.), c. 3. This fact is pointed out in the reasons of MacKeigan C.J. who delivered the reasons of the Appeal Division. Dealing with the status of the agreement on which Wilson relies, he said:

> The collective agreement there involved was made prior to the *Civil Service Collective Bargaining Act*, Stats. N.S. 1978, c. 3. It is not authorized by any statute. Its only possible basis for legal validity and enforceability between the parties is that it was approved by Order in Council on November 25, 1975 as a "regulation" pursuant to s. 9 of the *Civil Service Act*.
>
> Section 9, which long antedated any collective bargaining in the civil service, authorizes the Civil Service Commission with the approval of the Governor in Council to make "Regulations" relating to employment in the Civil Service respecting many matters, including "(a) terms and conditions of employment", compensation, classification, "(g) termination of employment and what constitutes resignation", holidays and leave, hours of work and "(j) hearing and determination of complaints and grievances".
>
> This was one of the regulations made from time to time since 1972 which provided that "the Commission may enter into and execute an Agreement with the Nova Scotia Government Employees Association" in respect of a specified group of employees, in substantially the form set out in a schedule to the regulation, and which stated that the agreement when executed "shall constitute the terms and conditions of employment" of the employees.

The agreement came into effect as a result of a regulation made by the Commission on October 29, 1975, which stated that the Commission might enter into an agreement with the Nova Scotia Government Employees Association in respect of employees in the Professional and Administrative Classification and Pay Plan. The regulation stated that the agreement, when executed by the Commission and the Association, should constitute the terms and conditions of employment of employees in that classification.

se pourvoient de cet arrêt devant cette Cour.

Les questions en litige dans cet appel se sont posées avant l'adoption de la *Civil Service Collective Bargaining Act*, 1978 (N.S.), chap. 3. Le juge en chef MacKeigan, qui a rendu l'arrêt de la Division d'appel, le souligne dans ses motifs. Traitant du statut de la convention sur laquelle s'appuie Wilson, il dit:

> [TRADUCTION] La convention collective dont il s'agit a été conclue avant l'adoption de la *Civil Service Collective Bargaining Act*, 1978 (N.S.), chap. 3. Aucune loi ne l'autorise. Le seul fondement possible de sa validité juridique et de son respect par les parties provient de ce qu'elle a été approuvée par décret le 25 novembre 1975 à titre de «règlement» conformément à l'art. 9 de la *Civil Service Act*.
>
> L'article 9, qui précède de longue date toute négociation collective dans la Fonction publique, autorise la Commission de la Fonction publique, avec l'approbation du gouverneur en conseil, à établir des «règlements» relatifs à l'emploi dans la Fonction publique touchant plusieurs questions, y compris «a) les conditions d'emploi», les salaires, la classification, «g) la cessation d'emploi et la définition de la démission», les vacances et les congés, les horaires de travail et «j) l'audition des plaintes et des griefs et les décisions y relatives».
>
> Il s'agissait de l'un des règlements établis à l'occasion depuis 1972 qui disposait que «la Commission peut conclure et signer une convention avec l'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse» à l'égard d'un groupe précis d'employés, suivant pour l'essentiel la forme prévue à l'annexe du règlement, et qui énonçait qu'à compter de sa signature, la convention «constitue les conditions d'emploi» des employés.

La convention est entrée en vigueur par suite d'un règlement que la Commission a adopté le 29 octobre 1975 et selon lequel cette dernière peut conclure une convention avec l'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse à l'égard des employés du groupe des professions libérales et des gestionnaires. Le règlement énonce qu'à compter de sa signature par la Commission et l'Association, la convention constitue les conditions d'emploi des employés de ce groupe.

This regulation was approved by the Governor in Council on November 25, 1975, pursuant to s. 9 of the *Act*.

The *Act* is designed to regulate the civil service of Nova Scotia. It provides for the creation of a Civil Service Commission whose powers and duties are defined. The Commission is empowered by s. 9, with the approval of the Governor in Council, to make regulations relating to employment in the Civil Service respecting a number of matters, including those mentioned in Chief Justice MacKeigan's reasons.

Under the heading of "Appointments", s. 22 provides: "Except where otherwise expressly provided, all appointments to the Civil Service shall be upon examination pursuant to this Act and the regulations and shall be during pleasure".

Following the portion of the *Act* dealing with the duties of the Commission, there is a part of the *Act* headed "General". One of the sections appearing under this heading is s. 57 dealing with a power of the Governor in Council:

> **57** Nothing herein contained impairs the power of the Governor in Council to remove or dismiss any Deputy Head or employee.

In my opinion, the effect of this section is to retain for the Governor in Council an overriding power to dismiss any civil service employee. The opening words of this section permit the exercise of that power notwithstanding any other provision contained in the *Act*.

The agreement on which Wilson relies regulates the terms and conditions of employment of civil servants within the classification to which it relates but does so only by virtue of a regulation made by the Commission pursuant to s. 9 of the *Act*. However, the power of the Commission to make the regulation was, by the terms of s. 57, made subject to the provisions of that section. The regulation could only be made subject to the power of the Governor in Council to dismiss.

Counsel for the appellants made four submissions in support of his appeal. The first contention

Ce règlement a été approuvé par le gouverneur en conseil le 25 novembre 1975, conformément à l'art. 9 de la *Loi*.

La *Loi* vise à régir la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse. Elle prévoit la création d'une Commission de la Fonction publique et en définit les pouvoirs et fonctions. L'article 9 accorde à la Commission, avec l'approbation du gouverneur en conseil, le pouvoir d'adopter des règlements relatifs à l'emploi dans la Fonction publique touchant plusieurs questions, dont celles énoncées dans les motifs du juge en chef MacKeigan.

Sous la rubrique «Nominations», l'art. 22 dispose: [TRADUCTION] «Sauf une disposition expresse au contraire, toute nomination à la Fonction publique se fait par concours conformément à la présente loi et à ses règlements d'application et doit être faite à titre amovible».

Après la partie de la *Loi* qui traite des fonctions de la Commission, on trouve une partie intitulée «Dispositions générales». Sous ce titre, l'art. 57 traite d'un pouvoir du gouverneur en conseil:

> [TRADUCTION] **57** Nulle disposition de la présente loi ne porte atteinte au pouvoir du gouverneur en conseil de révoquer ou de congédier un sous-ministre ou un employé.

A mon avis, cet article a pour effet de laisser au gouverneur en conseil un pouvoir prépondérant de congédier les fonctionnaires. Les premiers mots de cet article permettent l'exercice de ce pouvoir par dérogation à toute autre disposition de la *Loi*.

La convention qu'invoque Wilson régit les conditions d'emploi des fonctionnaires dans le groupe qu'elle vise, mais elle ne le fait qu'en vertu d'un règlement que la Commission a adopté conformément à l'art. 9 de la *Loi*. Cependant, le pouvoir de la Commission d'adopter le règlement était, aux termes de l'art. 57, assujetti aux dispositions de cet article. Le règlement ne pouvait être adopté que sous réserve du pouvoir de congédiement du gouverneur en conseil.

L'avocat des appelants invoque quatre arguments à l'appui de son appel. Le premier est que

was that s. 57 merely preserved a Crown prerogative to dismiss at pleasure and that, at common law, that prerogative was inapplicable where the employment of an employee of the Crown was governed by a contract requiring just cause for dismissal.

This argument overlooks the fact that under s. 57 of the *Act* the power to dismiss is statutory and that such statutory power is declared to exist without impairment by anything in the *Act*. The contract upon which the appellants rely has validity as a result of a regulation made under s. 9, and nothing contained in s. 9 can impair the power to dismiss given by s. 57.

The appellants' second submission placed reliance upon s. 22 of the *Act* which states that "Except where otherwise expressly provided, all appointments to the Civil Service ... shall be during pleasure". The contention is that the regulation approving the agreement and the provisions of that agreement do provide otherwise and consequently the appellant's appointment was not during pleasure.

The answer to this submission is that, although it might have merit if the appellant's dismissal had been founded on s. 22 standing alone, the provisions of s. 22 are themselves subject to the power to dismiss by the Governor in Council under s. 57 and under that section nothing contained in s. 22 can affect that power.

The third argument is that subs. 54(1) of the *Act* authorizes the enforcement of the "just cause" provision despite s. 57. Subsection 54(1) provides as follows:

> **54** (1) In any case where the Commission considers that it is not practicable or not in the public interest that this Act shall apply to any position or positions, the Commission, with the approval of the Governor in Council, may exclude such position or positions in whole or in part from the operation of the Act, and make such special regulations as it deems advisable respecting such position or positions.

In my opinion, the provisions of this subjection are not relevant to the circumstances of this case.

l'art. 57 ne fait que préserver une prérogative qu'a la Couronne de congédier à volonté, et qu'en *common law*, cette prérogative ne s'applique pas lorsque l'emploi d'un fonctionnaire du gouvernement est régi par un contrat exigeant un juste motif de congédiement.

Cet argument méconnaît le fait que l'art. 57 de la *Loi* maintient le pouvoir de congédier et déclare que nulle disposition de la *Loi* ne peut y porter atteinte. La validité du contrat sur lequel s'appuient les appelants résulte d'un règlement adopté en vertu de l'art. 9, et aucune disposition de l'art. 9 ne peut porter atteinte au pouvoir de congédier prévu à l'art. 57.

Par le deuxième argument, les appelants invoquent l'art. 22 de la *Loi* qui énonce que [TRADUCTION] «Sauf une disposition expresse au contraire, toute nomination à la Fonction publique ... doit être faite à titre amovible». Ils plaident que le règlement approuvant la convention ainsi que les dispositions de cette convention contiennent des dispositions à l'effet contraire et que, par conséquent, l'appelant n'était pas nommé à titre amovible.

La réponse à cet argument, qui pourrait être valable si le congédiement de l'appelant avait été fondé sur le seul art. 22, est que les dispositions de l'art. 22 sont elles-mêmes assujetties au pouvoir de congédier que détient le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 57 et, aux termes de cet article, nulle disposition de l'art. 22 ne peut porter atteinte à ce pouvoir.

Le troisième argument porte que le par. 54(1) de la *Loi* autorise l'exécution de la disposition relative au «juste motif» en dépit de l'art. 57. Le paragraphe 54(1) se lit comme suit:

> [TRADUCTION] **54** (1) Si la Commission estime qu'il n'est pas praticable ou qu'il n'est pas dans l'intérêt public que la présente loi s'applique à un ou à plusieurs postes, elle peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, soustraire ce poste ou ces postes, en totalité ou en partie, à l'application de la Loi. La Commission peut adopter les règlements particuliers qu'elle estime souhaitables à l'égard de ce poste ou de ces postes.

A mon avis, les dispositions de ce paragraphe ne sont pas pertinentes en l'espèce. Il prévoit que, si la

It provides that the Commission may, if it considers that it is not practicable or in the public interest to have the *Act* apply to certain positions in the civil service, with the approval of the Governor in Council exclude such positions from the operation of the *Act*.

The Commission did not purport to exclude the appellant's position or the position of those civil servants within the classification defined in the agreement from the operation of the *Act*. On the contrary, by making the regulation under the *Act* to authorize the agreement, the Commission was dealing with the classifications of civil servants which included the appellants pursuant to the operation of the *Act*.

The appellants' final submission was that the statute which incorporated the Association, 1973 (N.S.), c. 136, permitted the enforcement of the "just cause" provision independently of s. 57. This statute created and established the Nova Scotia Government Employees Association as a body corporate. The Association succeeded and replaced an unincorporated Nova Scotia Government Employees Association which had previously existed. The objects of the Association include bargaining collectively with Her Majesty the Queen in the right of Nova Scotia. The Association is empowered under para. 6(d) of the statute:

> 6 . . .
>
> (d) to enter into arrangements with any authorities, governmental, municipal, local, or otherwise that may seem conducive to the attainment of the Association's objects or any of them, and to obtain from any such authority, rights, privileges and concessions which the Association may have and the capacity to receive and may think desirable to obtain, to carry out, execute, exercise or comply with any such arrangements, rights, privileges and concessions;

The appellants' submission, as I understand it, is that this statute is independent of the *Act* and that its provisions are not affected by the opening words of s. 57 which refers to "Nothing herein contained", *i.e.*, contained in the *Act*. It is urged that by virtue of para. 6(d) the Association can obtain rights, privileges and concessions under the

Commission estime qu'il n'est pas praticable ou qu'il n'est pas dans l'intérêt public que la *Loi* s'applique à certains postes de la Fonction publique, elle peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, soustraire ces postes à l'application de la *Loi*.

La Commission n'a pas prétendu soustraire à l'application de la *Loi* le poste de l'appelant ou le poste des fonctionnaires compris dans la catégorie visée par la convention. Au contraire, en adoptant en vertu de la *Loi* le règlement qui a autorisé la convention, la Commission s'occupait de la classification de fonctionnaires dont faisaient partie les appelants conformément à l'application de la *Loi*.

Le dernier argument des appelants porte que le texte de loi en vertu duquel l'Association a été légalement constituée, 1973 (N.S.), chap. 136, permettait d'exécuter la disposition relative au «juste motif» indépendamment de l'art. 57. Ce texte de loi a créé l'Association des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse et lui a conféré la personnalité juridique. L'Association a remplacé le groupement antérieur des employés du gouvernement de la Nouvelle-Écosse non constitué en corporation. L'Association a notamment pour objet de négocier collectivement avec Sa Majesté la Reine du chef de la Nouvelle-Écosse. L'alinéa 6d) du texte de loi accorde à l'Association le pouvoir:

> 6 . . .
>
> [TRADUCTION] d) de conclure avec les autorités gouvernementales, municipales, locales ou autres, les arrangements qui peuvent conduire à la réalisation de ses objets; d'obtenir de l'une de ces autorités les droits et privilèges que l'Association peut avoir, qu'il lui est permis d'accepter et qu'elle estime souhaitable d'obtenir pour appliquer, exécuter et exercer ces droits, privilèges et arrangements et s'y conformer.

La prétention des appelants, si je comprends bien, est que ce texte législatif est indépendant de la *Loi* et qu'il n'est pas touché par les premiers mots de l'art. 57, savoir «Nulle disposition de la présente loi». On fait valoir qu'en vertu de l'al. 6d), l'Association peut obtenir certains droits et privilèges aux termes de la convention, lesquels sont alors

agreement which are then exempt from the operation of s. 57.

However, the fact is that the statute which created the Association did not confer on the Association or its members any rights or privileges as against the Crown. It is an incorporating statute creating a corporate entity. The Association is empowered to bargain collectively with the Crown, as it did here, but such bargaining had to be effected pursuant to the *Act*. The bargaining resulted in the agreement, but the agreement when made only acquired validity when approved by the Governor in Council as a regulation under s. 9 of the *Act*. Section 9 and the regulations pursuant to it are subject to the provisions of s. 57.

Reference is made in the appellants' argument to the *Civil Service Joint Council Act*, 1967 (N.S.), c. 6; R.S.N.S. 1967, c. 35; which was repealed by s. 47 of the *Civil Service Collective Bargaining Act*, 1978 (N.S.), c. 3. This statute, which preceded by six years the incorporation of the Association, provided a machinery for considering the terms of employment of civil servants. It provided for the creation of a Civil Service Joint Council composed of three public servants appointed by the Governor in Council, three members appointed by the Governor in Council on the recommendation of the Nova Scotia Civil Service Association and a chairman appointed by the Governor in Council.

The chairman was required to prepare the agenda of meetings and to put on the agenda at the request of a member any matter concerning the terms of employment of civil servants. The Council was required to consider and negotiate such matters as were put on the agenda. The Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia in *Nova Scotia Government Employees Association, Scratch, Theriault and Watts v. Nova Scotia Civil Service Commission*[4] held that the Council did not have jurisdiction to consider individual grievances, but that its jurisdiction was concerned only with general terms of employment.

[4] (1977), 24 N.S.R. (2d) 364.

exempts de l'application de l'art. 57.

Le fait est cependant que la loi organique de l'Association ne confère ni à cette dernière ni à ses membres de droit ou privilège à l'encontre de Sa Majesté. C'est une loi constitutive créant une personne juridique. L'Association a le pouvoir de négocier collectivement avec Sa Majesté, ce qu'elle a fait en l'espèce, mais ces négociations devaient se faire conformément à la *Loi*. La négociation a produit la convention, mais la convention, une fois signée, n'est devenue valide qu'après que le gouverneur en conseil l'eut approuvée par règlement en vertu de l'art. 9 de la *Loi*. L'article 9 ainsi que les règlements établis sous son empire sont assujettis aux dispositions de l'art. 57.

Dans leur plaidoirie, les appelants citent la *Civil Service Joint Council Act*, 1967 (N.S.), chap. 6, R.S.N.S. 1967, chap. 35, qui a été abrogée par l'art. 47 de la *Civil Service Collective Bargaining Act*, 1978 (N.S.), chap. 3. Ce texte de loi, antérieur de six ans à l'incorporation de l'Association, prévoyait un mécanisme en vue d'étudier les conditions d'emploi des fonctionnaires. Il prévoyait la création d'un Conseil mixte de la Fonction publique formé de trois fonctionnaires nommés par le gouverneur en conseil, de trois membres nommés par le gouverneur en conseil sur la recommandation de l'Association de la Fonction publique de la Nouvelle-Écosse et d'un président nommé par le gouverneur en conseil.

Le président devait établir l'ordre du jour des réunions et y inscrire, à la demande d'un membre, toute question relative aux conditions d'emploi des fonctionnaires. Le conseil devait étudier et négocier les questions portées à l'ordre du jour. Dans l'arrêt *Nova Scotia Government Employees Association, Scratch, Theriault and Watts v. Nova Scotia Civil Service Commission*[4], la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a décidé que le conseil n'avait pas compétence pour étudier les griefs individuels, mais que sa compétence se limitait aux conditions générales d'emploi.

[4] (1977), 24 N.S.R. (2d) 364.

Provision was made in the statute for a Civil Service Arbitration Board.

Section 8 provided as follows:

8 The Governor in Council, notwithstanding the provisions of the Civil Service Act, is empowered to and subject to Section 9 shall implement any decision of the Joint Council or the Arbitration Board and the Civil Service Commission is empowered to and subject to Section 9 shall implement such a decision in the same manner as it implements a provision of the Civil Service Act or a regulation made thereunder.

Counsel for the appellants submits that this section would permit the enforcement of a collective agreement against the Crown "notwithstanding the provisions of the *Civil Service Act*". Whether this is so or not, it is not an issue which is before the Court on this appeal. We are not concerned with any decision of the Joint Council or of the Arbitration Board. Neither of these bodies had anything to do with the formulation of the agreement.

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Kitz, Matheson, Green & MacIsaac, Halifax.

Solicitors for the respondents: J. W. Kavanagh and Mollie Gallagher, Halifax.

Le texte de loi établissait un conseil d'arbitrage de la Fonction publique.

L'article 8 se lisait comme suit:

[TRADUCTION] **8** Par dérogation à la *Civil Service Act*, le gouverneur en conseil a le pouvoir de mettre à exécution les décisions du Conseil mixte ou du conseil d'arbitrage et, sous réserve de l'article 9, il est tenu de les exécuter. La Commission de la Fonction publique a le pouvoir d'exécuter ces décisions et, sous réserve de l'article 9, est tenue de le faire de la même façon qu'elle exécute les dispositions de la *Civil Service Act* ou ses règlements d'application.

L'avocat des appelants prétend que cet article permettrait d'exécuter une convention collective à l'encontre de Sa Majesté «par dérogation à la *Civil Service Act*». Qu'il ait raison ou non, là n'est pas la question en litige ici. Nous n'avons pas à examiner une décision du Conseil mixte ou du conseil d'arbitrage. Ces organismes n'ont joué aucun rôle dans l'élaboration de la convention.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Kitz, Matheson, Green & MacIsaac, Halifax.

Procureurs des intimés: J. W. Kavanagh et Mollie Gallagher, Halifax.

Kenneth Edmunds *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: December 11; 1981: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Criminal law — R.C.M.P. officer acting as "prosecutor" — Indictable offence — New trial or acquittal — Criminal Code, ss. 2, 236(1), 426, 427, 482, 483, 484(2), 487, 720, 721, 722, 747.

The appellant was charged with "breaking and entering" contrary to the provisions of s. 306(1)(*b*) of the *Criminal Code*. The prosecutor who conducted the trial was a member of the R.C.M.P. At the close of the Crown's case, defence counsel put forward a motion for dismissal on the basis that the Crown was not properly represented. The motion was eventually dismissed. The accused called no evidence and was found guilty. The Court of Appeal by a majority dismissed his appeal.

Held (Ritchie J. *dissenting*): The appeal is allowed.

Per Laskin C.J. and Martland, Estey and McIntyre JJ.: It was agreed that the police officer conducting the proceedings did not come within the definition of "prosecutor" in s. 2 of the *Code*. However, as, by reason of the inclusion in the definition in s. 720 of the word "agents" he did qualify under that section, the question to be decided is whether or not that definition, in Part XXIV of the *Code*, can be applied to the police officer who conducted the prosecution of this case.

The appellant being charged with an indictable offence, the procedure applicable to his trial was that provided in Part XVI of the *Code*. The fact the accused elected for trial by magistrate under s. 484(2) did not remove the proceedings from Part XVI. The fact that s. 487 directs the magistrate "acting under this part" to take evidence in accordance with Part XV cannot convert the proceedings into summary conviction proceedings and thereby change the nature of the offence, nor can it convert the magistrate into a summary conviction court under Part XXIV with a lesser jurisdiction than he is specifically given in Part XVI.

Kenneth Edmunds *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 11 décembre; 1981: 19 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit criminel — Agent de la G.R.C. agissant à titre de «poursuivant» — Acte criminel — Nouveau procès ou acquittement — Code criminel, art. 2, 236(1), 426, 427, 482, 483, 484(2), 487, 720, 721, 722, 747.

L'appelant a été accusé d'«introduction par effraction» en violation des dispositions de l'al. 306(1)*b*) du *Code criminel*. Le poursuivant qui a agit pour la poursuite au procès était un agent de la G.R.C. Une fois la preuve du ministère public complétée, l'avocat de l'accusé a présenté une requête en rejet des procédures pour le motif que le ministère public n'était pas régulièrement représenté. La requête a été finalement rejetée. Le prévenu n'a pas présenté de preuve; il a été déclaré coupable. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel.

Arrêt (le juge Ritchie est *dissident*): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Estey et McIntyre: Les parties reconnaissent que l'officier de police qui a agi pour la poursuite ne relève pas de la définition de «poursuivant» à l'art. 2 du *Code*. Toutefois, en raison de l'inclusion du mot «agents» dans la définition de l'art. 720, il était bien habilité en vertu de cet article à agir comme poursuivant. Il s'agit donc de savoir si la définition à la Partie XXIV du *Code* peut s'appliquer à l'officier de police qui, en l'espèce, a agi comme poursuivant.

Comme l'appelant était accusé d'un acte criminel, la procédure applicable à son procès était donc celle prévue à la Partie XVI du *Code*. Le fait que l'accusé ait choisi d'être jugé par un magistrat en vertu du par. 484(2) n'a pas eu comme effet de soustraire les procédures au champ d'application de la Partie XVI. Le fait que l'art. 487 ordonne au magistrat «qui agit en vertu de cette partie» de recueillir les dépositions conformément à la Partie XV, ne peut pas convertir les procédures en procédures sommaires et donc changer la nature de l'infraction. Cela ne peut pas non plus convertir le magistrat en cour des poursuites sommaires au sens de la Partie XXIV avec une compétence moindre que celle que lui confère expressément la Partie XVI.

The appellant seeks to have his conviction set aside and an acquittal entered. The ends of justice will be met here by directing a new trial, as there was no loss of jurisdiction on the part of the trial judge, as the accused suffered no prejudice and as he refrained from advancing his jurisdictional defence until after the Crown had closed its case.

Per Ritchie J., *dissenting*: The pre-Confederation practice in the magistrate's courts of Newfoundland in summary trial of indictable offences was that police officers could act as prosecutors. This practice was so universally accepted as to be recognized as part of the law of Newfoundland and the terms of Union between Newfoundland and Canada provided for the continuation of laws in force at the time of Union. However, the *Criminal Code* of Canada came into force in Newfoundland in 1950 and introduced new definitions.

The applicable definition of prosecutor as found in the *Code* depends not upon the nature of the charge but on the nature of the proceedings and it follows that although the charge involves the commission of an indictable offence, the fact that the evidence was presented as part of the proceedings in a summary conviction court carries with it the meaning of prosecutor as defined in Part XXIV of the *Code*. In any event the appellant suffered no prejudice as a result of the procedure which was adopted.

[*R. v. West* (1915), 24 C.C.C. 249, affirmed 25 C.C.C. 145; *R. v. Szoboszloi*, [1970] 5 C.C.C. 366, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Newfoundland[1], dismissing an appeal by the accused from conviction. Appeal allowed, new trial ordered, Ritchie J. dissenting.

Wayne Dymond and *David C. Day, Q.C.*, for the appellant.

David F. Hurley and *Robert B. Hyslop*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Martland, Estey and McIntyre JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have read the reasons for judgment prepared by my brother Ritchie, but with deference I find myself unable to agree with

[1] (1978), 16 Nfld. & P.E.I.R. 108; (1978), 42 A.P.R. 108; (1978), 45 C.C.C. (2d) 104.

L'appelant demande l'annulation de la déclaration de culpabilité et l'inscription d'un verdict d'acquittement. Justice sera faite en l'espèce s'il est ordonné un nouveau procès, puisque le juge du procès n'a pas perdu compétence, que l'accusé n'a subi en l'espèce aucun préjudice et qu'il s'est abstenu d'invoquer une exception d'incompétence avant que le ministère public ait clos sa preuve.

Le juge Ritchie, *dissident*: Selon l'usage antérieur à la Confédération dans les cours de magistrat de Terre-Neuve, un officier de police peut agir à titre de poursuivant. Cet usage était si universellement accepté qu'on l'assimilait au droit de Terre-Neuve, et les conditions de l'union entre Terre-Neuve et le Canada ont laissé en vigueur les lois existant au moment de l'Union. Toutefois, le *Code criminel* du Canada est entré en vigueur à Terre-Neuve en 1950 et a introduit de nouvelles définitions.

La définition applicable de poursuivant que donne le *Code* ne dépend pas de la nature de l'accusation mais de la nature des procédures et il s'ensuit que la présentation de la preuve dans le cadre de procédures devant une cour des poursuites sommaires entraîne l'application de la définition de poursuivant donnée en matière de poursuites sommaires dans la Partie XXIV du *Code*. De toute façon, la procédure suivie n'a causé aucun préjudice à l'appelant.

[Jurisprudence: *R. v. West* (1915), 24 C.C.C. 249, confirmé par 25 C.C.C. 145; *R. v. Szoboszloi*, [1970] 5 C.C.C. 366.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve[1], qui a rejeté un appel du prévenu contre sa déclaration de culpabilité. Pourvoi accueilli, nouveau procès ordonné, le juge Ritchie étant dissident.

Wayne Dymond et *David C. Day, c.r.*, pour l'appelant.

David F. Hurley et *Robert B. Hyslop*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Estey et McIntyre rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai lu les motifs de jugement qu'a rédigés mon collègue, le juge Ritchie, mais avec égards, je me trouve dans l'impos-

[1] (1978), 16 Nfld. & P.E.I.R. 108; (1978), 42 A.P.R. 108; (1978), 45 C.C.C. (2d) 104.

his disposition of the matter. I am of the opinion that the Provincial Court judge and the majority of the Court of Appeal were incorrect in deciding in this matter that no error had been made by permitting the prosecution of an offence under s. 306(1)(*b*) of the *Criminal Code* by a police officer, not the informant and not a member of the bar of the Province of Newfoundland. My brother Ritchie has set out the relevant facts in the case and has described the historical background of the practice in the Province of Newfoundland in this respect. Accordingly, I need not deal further with these matters.

The *Criminal Code* provides two definitions of the term "prosecutor". In section 2 "prosecutor" is defined for application "In this Act" in these terms:

> "prosecutor" means the Attorney General or, where the Attorney General does not intervene, means the person who institutes proceedings to which this Act applies, and includes counsel acting on behalf of either of them;

In section 720 of Part XXIV of the *Code* for application "In this Part" the term is defined as:

> "prosecutor" means an informant or the Attorney General or their respective counsel or agents;

Section 2 defines as well "counsel" in these terms:

> "counsel" means a barrister or solicitor, in respect of the matters or things that barristers and solicitors, respectively, are authorized by the law of the province to do or perform in relation to legal proceedings;

It was agreed that the police officer conducting the proceedings in the case at bar did not come within the definition of s. 2 of the *Code*. By reason of the inclusion in the definition in s. 720 of the word "agents" he did qualify under that section. The question to be decided then is whether or not the definition in Part XXIV of the *Code* can be applied to the police officer who conducted the prosecution of this case.

There is little direct authority on this point but, in my opinion, an examination of the relevant procedural provisions of the *Criminal Code* leads

sibilité de souscrire à sa conclusion. Je suis d'avis que c'est à tort que le juge de la Cour provinciale et la Cour d'appel à la majorité ont décidé qu'il n'est pas erroné de permettre à un officier de police qui n'est pas le dénonciateur ni un membre du barreau de la province de Terre-Neuve, d'intenter des poursuites pour une infraction visée à l'al. 306(1)*b*) du *Code criminel*. Mon collègue le juge Ritchie a exposé les faits pertinents de l'affaire et il a présenté l'historique de l'usage terre-neuvien à cet égard. Je n'ai donc pas besoin d'ajouter quoi que ce soit.

Le *Code criminel* fournit deux définitions du terme «poursuivant». Le sens du mot «poursuivant» «Dans la présente loi» est ainsi défini à l'art. 2:

> «poursuivant» désigne le procureur général ou, lorsque celui-ci n'intervient pas, la personne qui intente des procédures visées par la présente loi, et comprend un avocat agissant pour le compte de l'un ou de l'autre;

A l'article 720 de la Partie XXIV du *Code*, le terme est défini comme suit «Dans la présente Partie»:

> «poursuivant» signifie un dénonciateur ou le procureur général ou leurs avocats ou agents respectifs;

L'article 2 définit également le mot «avocat» dans les termes suivants:

> «avocat» signifie un avocat ou procureur, à l'égard des matières ou choses que les avocats et procureurs, respectivement, sont autorisés par la loi de la province à faire ou à exécuter quant aux procédures judiciaires;

Les parties reconnaissent que l'officier de police qui a agi pour la poursuite en l'espèce ne relève pas de la définition de l'art. 2 du *Code*. En raison de l'inclusion du mot «agents» dans la définition de l'art. 720, il était bien habilité en vertu de cet article à agir comme poursuivant. Il s'agit donc de savoir si la définition à la Partie XXIV du *Code* peut s'appliquer à l'officier de police qui, en l'espèce, a agi comme poursuivant.

Fort peu de jurisprudence se rapporte directement à ce point mais, à mon avis, un examen des dispositions pertinentes du *Code criminel* en

to the conclusion that I have adopted. To begin with, the *Criminal Code* divides all crimes into two broad classifications, indictable offences and offences punishable on summary conviction. Some crimes may be either indictable or summary, *e.g.*, offences under s. 236(1) of the *Criminal Code*. In such cases, the decision as to the method of trial lies in the discretion of the Crown, which may elect to proceed by indictment or by summary conviction: see *R. v. West*[2]. It must be borne in mind that this categorization of offences is made in the *Criminal Code* and where so categorized in the *Code*—or designated by the Crown in its choice of procedure in the case of offences which may be either indictable or triable on summary conviction—such characterization does not change by virtue of the election of mode of trial made by an accused.

Section 2 of the *Criminal Code* defines two courts for the trial of criminal offences: a "superior court of criminal jurisdiction" and a "court of criminal jurisdiction". The superior court of criminal jurisdiction in the Province of Newfoundland is the Supreme Court of Newfoundland, and a "court of criminal jurisdiction" is defined in these terms:

> (*a*) a court of general or quarter sessions of the peace, when presided over by a superior court judge or a county or district court judge, or in the cities of Montreal and Quebec, by a municipal judge of the city, as the case may be, or a judge of the sessions of the peace, and
>
> (*b*) a magistrate or judge acting under Part XVI.

Jurisdiction in respect of indictable offences is given to the superior courts of criminal jurisdiction and courts of criminal jurisdiction, pursuant to s. 426 and s. 427 of the *Criminal Code*.

The appellant was charged with an indictable offence. Therefore the procedure applicable to his trial was that provided for in Part XVI of the *Criminal Code*. The offence is not one mentioned

[2] (1915), 24 C.C.C. 249, affirmed 25 C.C.C. 145.

matière de procédure conduit à la conclusion que j'ai adoptée. Premièrement, le *Code criminel* divise tous les crimes en deux catégories générales, les actes criminels et les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité. Certains crimes, comme les infractions visées au par. 236(1) du *Code criminel*, peuvent relever de l'une ou l'autre de ces catégories. En pareils cas, la décision quant à la forme de procès est laissée à la discrétion du ministère public qui peut choisir de procéder par voie de mise en accusation ou par voie sommaire: voir *R. v. West*[2]. Il faut se rappeler que cette catégorisation des infractions est faite dans le *Code criminel* et que, lorsqu'elle est établie dans le *Code* (ou qu'elle résulte, dans le cas des infractions qui permettent de procéder par voie de mise en accusation ou par voie sommaire, d'une désignation par le ministère public dans le cadre de l'exercice du choix des procédures) cette classification ne change pas en raison du mode de procès choisi par le prévenu.

L'article 2 du *Code criminel* définit deux tribunaux compétents pour juger les infractions criminelles, savoir une «cour supérieure de juridiction criminelle» et une «cour de juridiction criminelle». Dans la province de Terre-Neuve, la cour supérieure de juridiction criminelle est la Cour suprême de Terre-Neuve et l'expression «cour de juridiction criminelle» est ainsi définie:

> *a*) une cour de sessions générales ou trimestrielles de la paix, lorsqu'elle est présidée par un juge d'une cour supérieure ou un juge d'une cour de comté ou de district ou, dans les villes de Montréal et de Québec, par un juge municipal de la ville, selon le cas, ou un juge des sessions de la paix, et
>
> *b*) un magistrat ou un juge agissant sous l'autorité de la Partie XVI,

La compétence sur les actes criminels est attribuée aux cours supérieures de juridiction criminelle et aux cours de juridiction criminelle en vertu des art. 426 et 427 du *Code criminel*.

L'appelant a été accusé d'un acte criminel. La procédure applicable à son procès était donc celle prévue à la Partie XVI du *Code criminel*. Comme il ne s'agissait ni d'une infraction mentionnée à

[2] (1915), 24 C.C.C. 249, confirmé par 25 C.C.C. 145.

in s. 427 and is not one over which a magistrate has exclusive jurisdiction under s. 483. Accordingly, he was put to his election under s. 484(2) of the *Code* and could choose trial by magistrate without a jury; trial by judge without a jury; or a trial by a court composed of judge and jury. He chose the first form of trial, *i.e.* magistrate without a jury, and thus placed himself before a magistrate defined in Part XVI of the *Code* in these terms in s. 482:

"magistrate" means

(*a*) a person appointed under the law of a province, by whatever title he may be designated, who is specially authorized by the terms of his appointment to exercise the jurisdiction conferred upon a magistrate by this Part, but does not include two or more justices of the peace sitting together,

(*b*) with respect to the Yukon Territory, a judge of the Supreme Court or a magistrate or deputy magistrate appointed under an Ordinance of the Territory, and

(*c*) with respect to the Northwest Territories, a judge of the Supreme Court or a magistrate or deputy magistrate appointed under an Ordinance of the Territories.

It is evident from the foregoing that the *Criminal Code* has vested in magistrates authorized to act under Part XVI of the *Code* jurisdiction to try indictable offences in addition to those over which a magistrate has absolute jurisdiction when an accused so elects under the provisions of s. 484(2). It is clear as well that the magistrate so acting is acting under Part XVI of the *Code* and the offence remains an indictable offence, notwithstanding election of a more summary form of trial.

Offences triable on summary conviction fall within Part XXIV of the *Code*. "Proceedings" under Part XXIV find their definition is s. 720 in these terms:

"proceedings" means

(*a*) proceedings in respect of offences that are declared by an Act of the Parliament of Canada or an enactment made thereunder to be punishable on summary conviction, and

l'art. 427 ni d'une infraction assujettie en vertu de l'art. 483 à la compétence exclusive d'un magistrat, l'appelant a été appelé, conformément au par. 484(2) du *Code*, à faire son choix. Il pouvait choisir d'être jugé par un magistrat sans jury, par un juge sans jury ou par une cour composée d'un juge et d'un jury. Il a opté pour la première forme de procès, c.-à-d. devant un magistrat sans jury, s'en remettant ainsi au magistrat défini à l'art. 482 de la Partie XVI du *Code* en ces termes:

«magistrat» signifie

a) une personne nommée en vertu de la loi d'une province, sous quelque titre qu'elle puisse être désignée, qui est spécialement autorisée, d'après les termes de sa nomination, à exercer la juridiction que la présente Partie confère à un magistrat, mais ne comprend pas deux ou plusieurs juges de paix siégeant ensemble,

b) à l'égard du territoire du Yukon, un juge de la Cour suprême ou un magistrat ou magistrat adjoint nommé en vertu d'une ordonnance de ce territoire, et

c) à l'égard des territoires du Nord-Ouest, un juge de la Cour suprême ou un magistrat ou magistrat adjoint nommé en vertu d'une ordonnance de ces territoires.

Il se dégage nettement de ce qui précède que le *Code criminel* investit les magistrats autorisés à agir en vertu de la Partie XVI du *Code* de la compétence pour juger des actes criminels en sus de ceux qui relèvent de leur compétence absolue, lorsque le prévenu le choisit suivant les dispositions du par. 484(2). Il est clair également que le magistrat agit alors en vertu de la Partie XVI du *Code* et que, nonobstant le choix d'une forme de procès plus sommaire, l'infraction demeure un acte criminel.

Les infractions qui peuvent être jugées sur déclaration sommaire de culpabilité relèvent de la Partie XXIV du *Code*. Le terme «procédures» au sens de la Partie XXIV se trouve ainsi défini à l'art. 720:

«procédures» signifie

a) des procédures à l'égard d'infractions qu'une loi du Parlement du Canada, ou toute disposition établie sous son régime, déclare punissables sur déclaration sommaire de culpabilité, et

(*b*) proceedings where a justice is authorized by an Act of the Parliament of Canada or an enactment made thereunder to make an order;

Part XXIV of the *Code* sets up a court for the trial of these matters called a Summary Conviction Court. It is defined in s. 720, as follows:

"summary conviction court" means a person who has jurisdiction in the territorial division where the subject-matter of the proceedings is alleged to have arisen and who

(*a*) is given jurisdiction over the proceedings by the enactment under which the proceedings are taken,

(*b*) is a justice or magistrate, where the enactment under which the proceedings are taken does not expressly give jurisdiction to any person or class of persons, or

(*c*) is a magistrate, where the enactment under which the proceedings are taken gives jurisdiction in respect thereof to two or more justices;

This is a court having a different and a much more limited jurisdiction than that of the superior court of criminal jurisdiction, or the court of criminal jurisdiction referred to in s. 2 of the *Code* in which indictable offences are tried. It was created to deal with lesser offences than those dealt with under Part XVI and the powers it exercises are limited by the provisions of Part XXIV. For example, s. 721 provides for a six-month limitation in the commencement of proceedings; s. 722 imposes a restriction on the powers of punishment, and to further illustrate the difference in proceedings under Part XXIV, different appeal procedures are provided in s. 747 *et seq.* from those pertaining to indictable offences tried under Part XVI.

I have been at some pains to illustrate the difference between proceedings under Part XVI, and those under Part XXIV, because the judgment of Morgan J. A., one of the majority in the Court of Appeal, seems to be predicated upon the assumption that the election for trial by magistrate under s. 484(2) removed the proceedings from Part XVI and placed them in a summary conviction court under Part XXIV. He said:

b) des procédures où un juge de paix est autorisé, par une loi du Parlement du Canada ou une disposition établie sous son régime, à rendre une ordonnance;

La Partie XXIV du *Code* établit pour l'instruction de ces infractions un tribunal appelé cour des poursuites sommaires que l'art. 720 définit comme suit:

«cour des poursuites sommaires» désigne une personne qui a juridiction dans la circonscription territoriale où le sujet des procédures a prix naissance, d'après ce qui est allégué, et

a) à qui la disposition d'après laquelle les procédures sont intentées confère une juridiction à leur égard,

b) qui est un juge de paix ou un magistrat, lorsque la disposition selon laquelle les procédures sont intentées ne confère pas expressément juridiction à une personne ou catégorie de personnes, ou

c) qui est un magistrat, lorsque la disposition en vertu de laquelle les procédures sont intentées confère juridiction, en l'espèce, à deux ou plusieurs juges de paix;

Il s'agit là d'un tribunal doté d'une compétence beaucoup plus limitée et différente de celle de la cour supérieure de juridiction criminelle ou de la cour de juridiction criminelle visées à l'art. 2 du *Code*, devant lesquelles sont jugés les actes criminels. Il fut créé pour s'occuper d'infractions moins graves que celles dont il est question à la Partie XVI et les pouvoirs qu'il exerce sont limités par les dispositions de la Partie XXIV. L'article 721, par exemple, accorde un délai de six mois pour intenter des procédures; l'art. 722 impose une restriction aux pouvoirs d'infliger des peines; et, pour illustrer davantage la différence que présentent les procédures établies à la Partie XXIV, les art. 747 et suiv. prévoient des procédures d'appel différentes de celles qui ont trait aux actes criminels jugés en application de la Partie XVI.

Si je me suis appliqué à expliquer la différence entre les procédures selon la Partie XVI et celles prévues par la Partie XXIV, c'est parce que la décision du juge Morgan, qui fait partie de la majorité en Cour d'appel, semble reposer sur la présomption que le choix d'être jugé par un magistrat en vertu du par. 484(2) a eu comme effet de soustraire les procédures au champ d'application de la Partie XVI et de les placer dans le ressort d'une cour des poursuites sommaires conformément à la Partie XXIV. Il dit:

Once an accused elects to be tried by a Magistrate under the provisions of Sec. 484, the Magistrate obtains jurisdiction to hear the matter. The accused is then tried in a "summary jurisdiction court" and the evidence taken in the same manner as if he were charged with an offence punishable on summary conviction. Though he is liable to a greater punishment if convicted.

He therefore considered that the definition of "prosecutor" in Part XXIV would apply and permit the police officer to prosecute. He found support for this view in the fact that s. 487 directs the Part XVI magistrate, conducting a trial of an indictable offence after election, to take evidence in accordance with Part XV, a similar direction to that given a magistrate acting under Part XXIV.

I am unable to agree with those conclusions. Jurisdiction to try indictable offences is specifically given to the superior courts of criminal jurisdiction and the courts of criminal jurisdiction. The magistrate mentioned in Part XVI is a different court from that mentioned in Part XXIV. The fact that s. 487 directs the magistrate "acting under this part" to take evidence in accordance with Part XV cannot convert the proceedings into summary conviction proceedings and thereby change the nature of the offence, nor can it convert the magistrate into a summary conviction court under Part XXIV with a lesser jurisdiction than he is specifically given in Part XVI. For the reasons which I have tried to outline, I am of the view that Part XVI proceedings and Part XXIV proceedings stand upon separate footings. Indictable offences are not triable under the provisions of Part XXIV save where the *Criminal Code* provides that the offence may be either indictable or punishable on summary conviction, and the Crown chooses to proceed by summary conviction. The offence charged here was simply indictable. It remains so notwithstanding the election and is not triable under Part XXIV of the *Code*. It follows then that the definition of "prosecutor" from that part of the *Code* can have no application in this case and, in

[TRADUCTION] Dès que le prévenu choisit, d'être jugé par un magistrat suivant les dispositions de l'art. 484, ce dernier acquiert compétence pour entendre l'affaire. Le prévenu est alors jugé par une «cour des poursuites sommaires» et la preuve est recueillie de la même façon que s'il était inculpé d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité. Mais s'il est déclaré coupable, il est passible d'une punition plus sévère.

Selon le juge Morgan, la définition de «poursuivant» à la Partie XXIV s'applique, ce qui permet à l'officier de police d'agir comme poursuivant. Il fonde cette opinion sur le fait que l'art. 487 ordonne au magistrat de la Partie XVI qui dirige l'instruction d'un acte criminel à la suite du choix du prévenu, de recueillir les dépositions conformément à la Partie XV, directive semblable à celle donnée au magistrat qui agit en vertu de la Partie XXIV.

Je ne puis souscrire à ces conclusions. La compétence pour juger les actes criminels est précisément conférée aux cours supérieures de juridiction criminelle ainsi qu'aux cours de juridiction criminelle. Le magistrat visé à la Partie XVI constitue un tribunal différent de celui dont il est question à la Partie XXIV. Le fait que l'art. 487 ordonne au magistrat agissant selon la Partie XVI de recueillir les dépositions conformément à la Partie XV, ne peut pas convertir les procédures en procédures sommaires et donc changer la nature de l'infraction. Cela ne peut pas non plus convertir le magistrat en cour des poursuites sommaires au sens de la Partie XXIV avec une compétence moindre que celle que lui confère expressément la Partie XVI. Pour les motifs que j'ai essayé d'exposer, je suis d'avis que les procédures prévues par la Partie XVI et celles prévues par la Partie XXIV ont des fondements distincts. Les actes criminels ne peuvent être jugés en vertu des dispositions de la Partie XXIV que lorsque le *Code criminel* prévoit que l'infraction peut être soit un acte criminel, soit une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et que le ministère public choisit de procéder par voie sommaire. L'infraction imputée en l'espèce est seulement un acte criminel. Le choix de l'appelant n'y change rien et l'infraction ne peut être jugée conformément à la Partie XXIV du *Code*. Il s'ensuit donc que la définition de

my view, the Court of Appeal was in error in so applying it.

The appellant seeks to have his conviction set aside and an acquittal entered. It must be observed here that the appellant did not raise the point under discussion at the opening of the proceedings. He was represented by counsel and without objection the Crown put in its case. Then the appellant's counsel moved to dismiss the charge on the basis that the Crown was not properly represented. When this motion was refused the appellant chose to call no evidence and the conviction followed.

In my view, while I am of the opinion that because of the failure of the Crown to comply with the provisions of the *Code* in the conduct of these proceedings the conviction cannot stand, I do not consider that an acquittal should be ordered. The ends of justice will be met in this case by directing a new trial. The appellant alleges a loss of jurisdiction on the part of the trial judge but I cannot accept such a proposition. The information was valid on its face and not attacked. The trial judge before whom the election was made had full jurisdiction to take the election and when the election was made he acquired jurisdiction to hear the trial. I cannot accept the argument that he lost jurisdiction and rendered any determination a nullity by what amounts to a procedural error in the conduct of the case. The appellant has suffered no prejudice here. He has not been compelled to disclose any defence he may wish to advance. I am averse to offering encouragement to those who, intending to assert what they consider a jurisdictional defence, refrain from advancing it until after the Crown has closed its case and lost any opportunity to correct its proceedings.

I would therefore allow the appeal, set aside the conviction, and direct a new trial before a magistrate under Part XVI of the *Code*, pursuant to the election made by the appellant.

«poursuivant» donnée dans cette partie du *Code* ne peut s'appliquer en l'espèce et, à mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur en l'appliquant.

L'appelant demande l'annulation de la déclaration de culpabilité et l'inscription d'un verdict d'acquittement. Il faut noter ici que l'appelant n'a pas soulevé le point litigieux au début des procédures. Il était représenté par un avocat et sans qu'il y fût fait opposition, le ministère public a présenté la preuve à charge. L'avocat de l'appelant a alors demandé le rejet de l'accusation sur le fondement que le ministère public n'était pas régulièrement représenté. Devant le rejet de cette requête, l'appelant a décidé de ne pas présenter de preuve, d'où la déclaration de culpabilité.

Bien que je sois d'avis qu'en raison du défaut du ministère public de mener les procédures selon les dispositions du *Code* la déclaration de culpabilité doit être annulée, je n'estime pas qu'il y ait lieu d'ordonner l'acquittement. Justice sera faite en l'espèce s'il est ordonné un nouveau procès. L'appelant prétend que le juge de première instance a perdu compétence, mais je ne puis retenir cette proposition. La dénonciation était en apparence valide et n'a pas été attaquée. Le juge du procès, devant lequel l'appelant a fait son choix, avait pleine compétence pour recevoir ce choix et, le choix fait, il a acquis compétence pour instruire le procès. Je ne puis accepter l'argument selon lequel il a perdu compétence et qu'il a, par ce qui revient à une erreur de procédure dans la conduite du procès, rendu nulle toute décision. L'appelant n'a subi en l'espèce aucun préjudice. Il n'a pas été obligé de révéler un moyen de défense qu'il pourrait vouloir soulever. Je suis peu disposé à encourager ceux qui, ayant l'intention d'invoquer ce qu'ils considèrent comme une exception d'incompétence, s'abstiennent de le faire avant que le ministère public ait clos sa preuve et perdu l'occasion de rectifier ses procédures.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner un nouveau procès devant un magistrat en vertu de la Partie XVI du *Code* conformément au choix de l'appelant.

The following are the reasons delivered by

RITCHIE J. (*dissenting*)—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Newfoundland dismissing an appeal from a judgment rendered at trial by Magistrate Wicks whereby the appellant was convicted of "breaking and entering" contrary to the provisions of s. 306(1)(*b*) of the *Criminal Code*.

The appeal comes to this Court pursuant to the provisions of s. 618(1)(*a*) of the *Criminal Code* by reason of the fact that Mr. Justice Gushue delivered himself of lengthy dissenting reasons for judgment wherein he found that the learned magistrate presiding at trial erred in allowing a police officer to act as prosecutor and that the proceedings before him were accordingly vitiated, with the result that the appeal should be allowed and the conviction quashed.

The proceedings before the learned magistrate, except for his reasons for judgment, have not been reproduced in the case on appeal before this Court and we are accordingly of necessity restricted to the material contained in the "Statement of Fact" agreed to between the parties. The information which was laid by Constable Anderson of the R.C.M.P. is dated May 11, 1977 and the appellant elected trial "by magistrate without a jury" on June 21, 1977. The ensuing events are best described in the language employed in the Statement of Fact as follows:

After several postponements with the consent of the accused, his Counsel and the Prosecutor the matter was set for trial. An election was made and a plea of not guilty entered. The Prosecutor who conducted the trial was Corporal Steven McDonald, a member of the Clarenville detachment of the R.C.M.P. At the close of the Crown's case, Defence Counsel put forward a motion for dismissal on the basis that the Crown was not properly represented. The Magistrate adjourned the hearing and set a date whereby the Prosecutor was allowed time to prepare an argument on the points involved in the motion for dismissal.

At a later date the Crown, represented by Mr. Hurley, from the Provincial Justice Department attended and argued the Crown's position. After the Crown presented its argument, the Magistrate again postponed his decision and a date for his decision was set for October 26, 1977.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE RITCHIE (*dissident*)—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve qui avait rejeté l'appel formé contre le jugement rendu en première instance par le magistrat Wicks; ce dernier avait déclaré l'appelant coupable d'«introduction par effraction» en violation des dispositions de l'al. 306(1)*b*) du *Code criminel*.

La Cour est saisie de ce pourvoi conformément aux dispositions de l'al. 618(1)*a*) du *Code criminel* en raison des longs motifs de dissidence du juge Gushue; ce dernier a conclu que le savant magistrat qui a présidé le procès a commis une erreur en permettant à un officier de police d'agir comme poursuivant et que les procédures étaient en conséquence entachées de vice, si bien qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel et d'annuler la déclaration de culpabilité.

A l'exception des motifs de jugement, les procédures devant le savant magistrat n'ont pas été reproduites dans le dossier d'appel déposé à la Cour et nous nous voyons donc par la force des choses limités à ce qui ressort de l'«Exposé des faits» dont sont convenues les parties. La dénonciation qu'a déposée le gendarme Anderson de la G.R.C. est datée du 11 mai 1977 et, le 21 juin 1977, l'appelant a choisi d'être jugé «par un magistrat sans jury». Les événements qui ont suivi sont bien relatés dans l'extrait suivant de l'Exposé des faits:

[TRADUCTION] Après plusieurs remises, du consentement du prévenu, de son avocat et du poursuivant, l'affaire a été mise au rôle. Le prévenu a fait un choix et a nié sa culpabilité. Le caporal Steven McDonald du détachement de Clarenville de la G.R.C. a agi pour la poursuite au procès. Une fois la preuve du ministère public complétée, l'avocat de l'accusé a présenté une requête en rejet des procédures pour le motif que le ministère public n'était pas régulièrement représenté. Le magistrat a ajourné l'audience et fixé un délai pour permettre au poursuivant de préparer une défense sur les points soulevés dans la requête en rejet des procédures.

A une date ultérieure le ministère public, représenté par Me Hurley du ministère provincial de la Justice, a comparu et a présenté ses arguments, après quoi le magistrat a remis à nouveau sa décision à une date ultérieure, soit le 26 octobre 1977.

On that date Mr. Hurley again appeared and judgment against the defence motion was given by the Magistrate in a lengthy judgment. After the motion was dismissed, the accused called no evidence and was found guilty. Sentence was imposed.

It is from the conviction that the appellant appeals this matter.

It should perhaps be pointed out that the record discloses the judgment of the learned provincial court to have been delivered on November 4, 1977 and that this is the date upon which the conviction and sentence were imposed. The grounds of appeal from this conviction to the Court of Appeal of Newfoundland read as follows:

1. That the Magistrate erred in law in finding that the Law Society Act R.S.N. 1977 Section 86, sub-paragraph (i) was intra vires the powers of the Province where it allows a member of the Royal Canadian Mounted Police to prosecute cases in the criminal code which are indictable offences.
2. That the Magistrate erred in law in finding the accused guilty of a breach of Section 306(1)(*b*) of the Criminal Code which was prosecuted by a member of the Royal Canadian Mounted Police, who was not the informant, and who was not Counsel as defined under the Criminal Code.
3. That the prosecution of an indictable offence by a member of the Royal Canadian Mounted Police violates Section 1(*b*) of the Canadian Bill of Rights R.S.C. 1970.
4. Such other grounds as the Court may allow and which Counsel may argue.

Mr. Justice Gushue's dissent in the Court of Appeal was limited to the question of law raised by the second ground. As to the first ground, the learned dissenting judge made an express finding that he "would dismiss this ground of appeal", and the third ground concerning the relevance of s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* does not appear to have been argued before the Court of Appeal and was not argued in this Court.

Before embarking on a consideration of the second ground, I think it should be observed that the pre-Confederation practice in the magistrate's courts of Newfoundland in summary trial of indictable offences was that police officers, even if

A cette date Me Hurley a comparu de nouveau et, dans un long jugement, le magistrat a rejeté la requête de la défense. Après ce rejet, le prévenu n'a pas présenté de preuve; il a été déclaré coupable et la sentence a été prononcée.

L'appelant interjette donc appel de la déclaration de culpabilité.

Il conviendrait peut-être de signaler que, selon le dossier, le jugement de la savante cour provinciale a été rendu le 4 novembre 1977, date également de la déclaration de culpabilité et de la sentence. Les moyens d'appel contre cette déclaration de culpabilité invoqués devant la Cour d'appel de Terre-Neuve sont ainsi rédigés:

[TRADUCTION] 1. Que le magistrat a commis une erreur de droit lorsqu'il a jugé que *The Law Society Act*, R.S.N. 1977, art. 86, sous-al. (i), qui permet à un membre de la Gendarmerie royale du Canada d'agir à titre de poursuivant dans les cas d'actes criminels prévus au *Code criminel*, est dans la limite des pouvoirs de la Province.
2. Que le magistrat a commis une erreur de droit lorsqu'il a déclaré l'accusé coupable d'une violation de l'al. 306(1)*b*) du *Code criminel*, alors qu'un membre de la Gendarmerie royale du Canada, qui n'était ni le dénonciateur ni un avocat au sens du *Code criminel*, a agi comme poursuivant.
3. Que le fait qu'un membre de la Gendarmerie royale du Canada agisse comme poursuivant dans le cas d'un acte criminel constitue une violation de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970.
4. Les autres moyens que la Cour pourra autoriser et que l'avocat pourra invoquer.

La dissidence du juge Gushue en Cour d'appel porte exclusivement sur la question de droit soulevée par le deuxième moyen. Pour ce qui est du premier moyen, le savant juge dissident a conclu expressément qu'il [TRADUCTION] «rejetterait ce moyen d'appel». Quant au troisième moyen concernant la pertinence de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'a apparemment pas été plaidé devant la Cour d'appel et il ne l'a pas été devant cette Cour.

Avant de passer à l'étude du deuxième moyen, j'estime qu'il y a lieu de souligner que, selon l'usage antérieur à la Confédération dans les cours de magistrat de Terre-Neuve, un officier de police, même s'il n'était pas le dénonciateur, pouvait pré-

they were not the informant in the case, could be heard to present the case for the Crown. This practice, as is pointed out by all judges of the Court of Appeal, stemmed from the difficulties of transportation to and from the outports of the Province and the consequent impracticability involved in having to attach qualified lawyers as Crown prosecutors in the various magistrate's courts. It was thus recognized in Newfoundland before Confederation that prosecutions in summary conviction courts, whether they concerned summary conviction offences or indictable offences in respect of which the accused had elected trial by a magistrate, could legally be prosecuted by a police officer. This practice was so universally accepted as to be recognized as part of the law of Newfoundland.

With the conclusion of the Terms of Union between Newfoundland and Canada, provision was made for the continuation of laws in force at the time of Union. This is made plain from the language of Term 18(1) as set out in the Schedule to the *British North America Act*, 1949:

18. (1) Subject to these Terms, all laws in force in Newfoundland at or immediately prior to the date of Union shall continue therein as if the Union had not been made, subject nevertheless to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada or by the Legislature of the Province of Newfoundland according to the authority of the Parliament or of the Legislature under the British North America Acts, 1867 to 1946, and all orders, rules, and regulations made under any such laws shall likewise continue, subject to be revoked or amended by the body or person that made such orders, rules, or regulations or the body or person that has power to make such orders, rules, or regulations after the date of Union, according to their respective authority under the British North America Acts, 1867 to 1946.

I think it is to be accepted that the provisions of this Term were effective to perpetuate in Newfoundland the laws in force immediately prior to the date of Union subject however to such laws being amended or repealed in the manner specified. Amongst the relevant pre-Confederation statutes is *The Summary Jurisdiction Act, 1930*, 1930 (Nfld.), c. 14 relating to the powers and procedures of magistrates in Newfoundland and consenter la preuve du ministère public à l'instruction sommaire d'un acte criminel. Comme l'ont indiqué tous les juges de la Cour d'appel, cet usage trouve ses origines dans les difficultés de transport aux ports éloignés de la province et dans l'impossibilité qui en découlait de retenir les services d'avocats qualifiés qui auraient agi comme substituts du procureur général devant les diverses cours de magistrat. On reconnaissait donc à Terre-Neuve avant la Confédération qu'un officier de police pouvait légalement agir pour la poursuite, devant les cours des poursuites sommaires, tant pour les infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité que pour les actes criminels à l'égard desquels le prévenu avait choisi d'être jugé par un magistrat. Cet usage était si universellement accepté qu'on l'assimilait au droit de Terre-Neuve.

Les conditions de l'union entre Terre-Neuve et le Canada ont laissé en vigueur les lois existant au moment de l'Union. C'est ce qui ressort du texte de la condition 18(1) reproduite en annexe à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949*:

18. (1) Sous réserve des présentes clauses, toutes les lois en vigueur dans Terre-Neuve à la date de l'Union ou immédiatement avant ladite date y subsisteront comme si l'Union n'avait pas eu lieu, sauf néanmoins abrogation, abolition ou modification par le Parlement du Canada ou la Législature de la province de Terre-Neuve conformément à l'autorité du Parlement ou de la Législature, sous le régime des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1946, et tous les décrets, règles et règlements d'exécution de l'une quelconque de ces lois subsisteront semblablement sous réserve de révocation ou de modification par l'organisme ou la personne qui a établi lesdits décrets, règles ou règlements, ou par l'organisme ou la personne qui a le pouvoir d'établir lesdits décrets, règles ou règlements après la date de l'Union, conformément à leur autorité respective prévue par les Actes de l'Amérique du Nord britannique 1867 à 1946.

Il faut à mon sens admettre que, sous réserve de modification ou d'abrogation de la manière prévue, les dispositions de cette condition ont eu pour effet de perpétuer à Terre-Neuve les lois en vigueur immédiatement avant la date de l'Union. Parmi les lois pertinentes antérieures à la Confédération figure *The Summary Jurisdiction Act 1930*, 1930 (Nfld.), chap. 14, qui avait trait aux pouvoirs des magistrats à Terre-Neuve et aux procédures

taining the following section respecting summary trials of indictable offences:

107. Where an indictable offence is under the circumstances in this act mentioned authorized to be dealt with summarily,—

(1) The procedure shall, until the court assume the power to deal with such offence summarily, be the same in all respects as if the offence were to be dealt with throughout as an indictable offence, but when and so soon as the court assumes the power to deal with such offence summarily, the procedure shall be the same from and after that period as if the offence were an offence punishable on summary conviction and not on indictment, and the provisions of this Act relating to offences punishable on summary conviction shall apply accordingly; and . . .

There was no pre-Confederation statute in Newfoundland in any way curtailing the magistrate's right to permit a police officer to appear as a prosecutor before him and this was the practice which had prevailed from the earliest times.

In 1950, however, the *Criminal Code* of Canada and the *Canada Evidence Act* came into force in Newfoundland as of the date of their proclamation. The *Code* provides for the repeal of *The Summary Jurisdiction Act, 1930* and statutes amending it and introduces definitions and procedural provisions for the institution of prosecutions.

The contention of the appellant that the magistrate erred in permitting a member of the R.C.M.P. who was not an informant to prosecute this case is based upon acceptance of the argument that the meaning of "prosecutor" in the case of a trial when the accused is charged with having committed an indictable offence and has elected to have his trial take place before a magistrate, must be the meaning assigned to that word by s. 2 of the *Criminal Code* which provides:

"prosecutor" means the Attorney General or, where the Attorney General does not intervene, means the person who institutes proceedings to which this Act applies and includes counsel acting on behalf of either of them.

Under the provisions of this section it appears to me to be obvious that a prosecution for an indictable offence conducted in a superior court of

devant eux. Cette loi contient l'article suivant portant sur l'instruction sommaire des actes criminels:

[TRADUCTION] **107.** Lorsqu'un acte criminel peut, aux termes de la présente loi, faire l'objet de procédures sommaires,—

(1) Jusqu'au moment où la cour assume le pouvoir d'instruire sommairement cette infraction, la procédure est à tous égards la même que si cette infraction devait être instruite comme un acte criminel. Mais dès lors que la cour assume ce pouvoir, la procédure est la même que s'il s'agissait d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité et non par acte d'accusation, et les dispositions de la présente loi relatives aux infractions punissables sur déclaration sommaire de culpabilité s'appliquent en conséquence; et . . .

Aucune loi terre-neuvienne antérieure à la Confédération ne limitait de quelque façon le droit du magistrat de permettre à un officier de police de comparaître devant lui à titre de poursuivant et cet usage avait existé de tout temps.

En 1950, toutefois, le *Code criminel* du Canada et la *Loi sur la preuve au Canada* sont entrés en vigueur à Terre-Neuve le jour de leur proclamation. Le *Code* prévoit l'abrogation de *The Summary Jurisdiction Act, 1930* ainsi que des lois modificatives et introduit des définitions et des dispositions relatives à la procédure pour engager des poursuites.

La prétention de l'appelant, selon laquelle le magistrat a commis une erreur en permettant à un membre de la G.R.C. qui n'était pas le dénonciateur d'agir pour la poursuite, est fondée sur l'argument voulant que la signification du mot «poursuivant», dans le cas d'un procès où l'accusé est inculpé d'un acte criminel et a choisi d'être jugé par un magistrat, doit être celle que lui donne l'art. 2 du *Code criminel* dans les termes suivants:

«poursuivant» désigne le procureur général ou, lorsque celui-ci n'intervient pas, la personne qui intente des procédures visées par la présente loi, et comprend un avocat agissant pour le compte de l'un ou de l'autre;

Il me paraît évident qu'aux termes des dispositions de cet article, dans le cas d'un acte criminel instruit devant une cour supérieure de juridiction

criminal jurisdiction is required to be presented by the Attorney General or his "counsel"; other considerations however apply to the trial of an indictable offence by a magistrate in a summary conviction court when the accused has elected so to be tried. In such cases the procedure to be followed by the magistrate in the taking of evidence is that set forth in s. 736 of the *Code* which, under subs. (3), provides:

(3) Where the defendant pleads not guilty or states that he has cause to show why an order should not be made against him, as the case may be, the summary conviction court shall proceed with the trial, and shall take the evidence of witnesses for the prosecutor and the defendant in accordance with the provisions of Part XV relating to preliminary inquiries.

As the summary conviction provisions of the *Code*, *i.e.* Part XXIV, apply to the proceedings at the trial, it appears to me that the definition of "prosecutor" found in that Part, *i.e.* s. 720 subs. (1) is the applicable definition for the purposes of this case. That definition reads:

"prosecutor" means an informant or the Attorney General or their respective counsel or agents; . . .

The word "counsel" is defined in s. 2 as meaning a barrister or solicitor. It is therefore clear that the use of the word "agents" in s. 720 must contemplate persons other than qualified lawyers and in my opinion, having regard to all the circumstances, in the present case it includes police officers.

I share the view expressed by Mr. Justice Morgan that the applicable definition of "prosecutor" as found in the *Code* depends not upon the nature of the charge but on the nature of the proceedings and it follows that although the charge in the present case involves the commission of an indictable offence, the fact that the evidence was presented as part of the proceedings in a summary conviction court carries with it the meaning of "prosecutor" as defined in the summary conviction provisions of the *Criminal Code* (Part XXIV).

It will be seen that I am in general agreement with the reasons for judgment of Mr. Justice Morgan but I have not found it necessary to

criminelle, la preuve doit être présentée soit par le procureur général, soit par son «avocat». Il en est autrement cependant pour l'instruction d'un acte criminel par un magistrat en cour des poursuites sommaires lorsque le prévenu a choisi d'être ainsi jugé. En pareil cas, la procédure à suivre par le magistrat pour recevoir les dépositions est celle énoncée à l'art. 736 du *Code*, dont le par. (3) prévoit:

(3) Lorsque le défendeur nie sa culpabilité ou déclare avoir des motifs à exposer pour lesquels une ordonnance ne devrait pas être rendue contre lui, selon le cas, la cour des poursuites sommaires doit procéder au procès et recevoir les dépositions des témoins, tant à charge qu'à décharge, en conformité des dispositions de la Partie XV relatives aux enquêtes préliminaires.

Comme les dispositions du *Code* relatives aux poursuites sommaires, c.-à-d. la Partie XXIV, s'appliquent aux procédures d'instruction, c'est la définition de «poursuivant» donnée dans cette Partie au par. 720(1) qui selon moi s'applique en l'espèce. La définition est ainsi conçue:

«poursuivant» signifie un dénonciateur ou le procureur général ou leurs avocats ou agents respectifs; . . .

Selon l'art. 2, le mot «avocat» signifie un avocat ou procureur. Il est donc évident que le mot «agents» employé à l'art. 720 doit viser des personnes autres que des avocats qualifiés et j'estime qu'en l'espèce, compte tenu de toutes les circonstances, ce terme comprend les officiers de police.

Je partage l'avis du juge Morgan selon lequel la définition applicable de «poursuivant» que donne le *Code* ne dépend pas de la nature de l'accusation mais de la nature des procédures; il s'ensuit que même si l'accusation en l'espèce porte sur la perpétration d'un acte criminel, le fait que la preuve ait été présentée dans le cadre de procédures devant une cour des poursuites sommaires entraîne l'application de la définition de «poursuivant» donnée en matière de poursuites sommaires dans le *Code criminel* (Partie XXIV).

On aura constaté que, de façon générale, je souscris aux motifs de jugement du juge Morgan, mais je n'ai pas jugé nécessaire de faire l'analyse

analyze the applicable provisions of the *Criminal Code* as did the members of the Court of Appeal because even if it could be said that there was error by the magistrate in permitting the constable to conduct the prosecution, I am satisfied that it was not an error affecting his jurisdiction or in any way rendering the trial wholly defective. I think this issue is settled in the reasons for judgment of Chief Justice Furlong where he says:

> I have no doubt that if the trial was improperly conducted it might well affect the jurisdiction of the tribunal but this would have to be an impropriety so outrageous as to clearly condemn the tribunal of failing to discharge its judicial functions with justice.
>
> In this present case there has been no attempt to strike at the jurisdiction of the tribunal either directly or indirectly. The only complaint which the Appellant makes is that he was prosecuted by a person who he says should not have prosecuted him, but that otherwise the trial was properly conducted.
>
> I can only express my view quite clearly that even if there were the defects alleged by the Appellant it goes nowhere near to the position where I could say that the trial was wholly defective.

In the case of *R. v. Szoboszloi*[3], the Crown case was presented by a police constable and Mr. Justice Aylesworth of the Court of Appeal of Ontario had this to say about the objection taken in that case:

> ... it is said, no counsel appeared and the only representative with respect to the prosecution was a uniformed and, it is further said, an armed police constable. That may, as the Magistrate below observed, be the practice. It may in certain aspects thereof be objectionable. It may, although we by no means decide that, be even not within the wide definition of 'agent' as applicable to the relevant part of the *Code*; but be that as it may, in our view it decidedly does not have the effect of depriving the Magistrate of jurisdiction or of rendering the proceedings before him a nullity.

In that case an application for leave to appeal to this Court was dismissed.

[3] [1970] 5 C.C.C. 366.

des dispositions pertinentes du *Code criminel*, comme le fait la Cour d'appel, car même si l'on pouvait dire que le magistrat a commis une erreur en permettant au gendarme d'agir pour la poursuite, je suis convaincu qu'il ne s'agit pas là d'une erreur qui a une incidence sur sa compétence ou qui, de quelque façon, vicie entièrement le procès. J'estime que cette question est tranchée dans les motifs de jugement du juge en chef Furlong qui écrit:

> [TRADUCTION] Je n'ai aucun doute que, si le procès avait été mené de façon irrégulière, cela pourrait très bien avoir des incidences sur la compétence du tribunal, mais encore faudrait-il que le vice soit flagrant à un point tel que le tribunal se soit clairement rendu coupable de ne pas avoir rempli avec justice ses fonctions judiciaires.
>
> Il n'y a eu en l'espèce aucune tentative d'attaquer soit directement, soit indirectement, la compétence du tribunal. L'appelant se plaint seulement d'avoir été poursuivi par une personne qui, dit-il, n'aurait pas dû le faire, mais que par ailleurs, le procès a été mené de façon régulière.
>
> Je ne peux qu'exprimer sans équivoque l'opinion que les vices invoqués par l'appelant, même s'ils existaient, sont bien loin du point où je pourrais dire que le procès a été entièrement vicié.

Dans *R. v. Szoboszloi*[3], la preuve du ministère public fut présentée par un agent de police et voici ce que le juge Aylesworth de la Cour d'appel de l'Ontario a dit concernant l'exception alléguée dans cette affaire:

> [TRADUCTION] ... on dit qu'aucun avocat n'a comparu et que seul représentait la poursuite un agent de police en uniforme et, ajoute-t-on, armé. Il se peut, comme l'a fait remarquer le magistrat au procès, que ce soit l'usage. Il peut à certains égards y avoir à redire. Peut-être même, bien que nous ne nous prononcions nullement là-dessus, qu'un agent de police n'entre pas dans la définition large d'«agent» applicable à la partie pertinente du *Code*; mais quoi qu'il en soit, cette situation, à notre avis, n'a certainement pas pour effet de priver le magistrat de sa compétence ou de rendre nulles les procédures menées devant lui.

Dans cette affaire-là, une demande d'autorisation de pourvoi devant cette Cour fut rejetée.

[3] [1970] 5 C.C.C. 366.

Having regard to all the above, I am of opinion that there was no error on the part of the trial magistrate in permitting an R.C.M.P. officer to conduct the case for the Crown and in any event the appellant suffered no prejudice as a result of the procedure which was adopted.

For all these reasons I would dismiss this appeal.

Appeal allowed, RITCHIE J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Mills & Dymond, Clarenville; Lewis, Day, Cook & Sheppard, St. John's.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Compte tenu de tout ce qui précède, j'estime qu'au procès, le magistrat n'a commis aucune erreur en permettant à un officier de la G.R.C. d'agir pour la poursuite et, de toute façon, la procédure suivie n'a causé aucun préjudice à l'appelant.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi accueilli, le juge RITCHIE *étant dissident.*

Procureurs de l'appelant: Mills & Dymond, Clarenville; Lewis, Day, Cook & Sheppard, St-Jean.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de Terre-Neuve, St-Jean.

Yanik Szpyt *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1981: February 24; 1981: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Election of trial by judge and jury — Whether accused may elect the forum in which to be tried as well as the mode of trial — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended by 1974-75-76, c. 93, ss. 429.1, 464, 482, 484, 492(3), 497(d), 507.

The appellant, the accused, was before a magistrate under Part XVI of the *Criminal Code* on a charge of an indictable offence which was not within the absolute jurisdiction of the magistrate nor within the exclusive jurisdiction of a superior court of criminal jurisdiction. He elected trial by a court composed of a judge and jury and requested that the judge be a Supreme Court judge. The magistrate refused to accept the accused's election.

When an offence is not within the sole jurisdiction of a court composed of a judge and jury, jury trials in Ontario can be presided over by a Supreme Court judge or by a county court judge.

Thereupon the accused brought an application by way of *certiorari* and mandamus which was dismissed by the Ontario High Court. The Court of Appeal for Ontario dismissed the appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The success of this appeal rested on finding a necessary implication from ss. 482 and 484 to support election of the forum as well as the mode of trial. The appellant contrasted other provisions of the *Code*, such as ss. 464, 429.1, 492(3), 497(*d*) and 507, but no such implication as would support the appellant's position could be made under the relevant provisions governing and surrounding election for trial.

The choice of forum is left open to the prosecution after an election by an accused pursuant to s. 484 of the *Code*.

R. v. Jory (1978), 46 C.C.C. (2d) 44, referred to.

Yanik Szpyt *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1981: 24 février; 1981: 19 mars.

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

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

Droit criminel — Choix d'un procès devant un juge et un jury — Un accusé peut-il choisir le tribunal devant lequel il sera jugé de même que le mode de procès? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié par 1974-75-76, chap. 93, art. 429.1, 464, 482, 484, 492(3), 497d), 507.

L'appelant, le prévenu, a comparu devant un magistrat en vertu de la Partie XVI du *Code criminel* sur une inculpation d'acte criminel qui ne relève pas de la compétence absolue du magistrat ni de la compétence exclusive d'une cour supérieure de juridiction criminelle. Il a choisi un procès devant une cour composée d'un juge et d'un jury et a demandé que le juge soit un juge de la Cour suprême. Le magistrat a refusé d'accepter le choix du prévenu.

Lorsqu'il s'agit d'une infraction qui n'est pas de la juridiction exclusive d'une cour composée d'un juge et d'un jury, les procès par jury en Ontario peuvent être présidés par un juge de la Cour suprême ou par un juge de la Cour de comté.

Le prévenu a alors présenté une demande par voie de *certiorari* et de *mandamus* qui a été rejetée par la Haute Cour de l'Ontario. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le succès de ce pourvoi dépendait de la recherche d'une déduction nettement implicite tirée des art. 482 et 484 pour appuyer le choix du tribunal ainsi que le mode de procès. L'appelant a opposé d'autres dispositions du *Code*, tels les art. 464, 429.1, 492(3), 497*d*) et 507, mais aucune déduction susceptible d'appuyer la position de l'appelant n'est possible aux termes des dispositions pertinentes qui régissent et entourent le choix en vue du procès.

Le choix du tribunal est laissé à la poursuite après que le prévenu a fait le sien conformément à l'art. 484 du *Code*.

Jurisprudence: *R. v. Jory* (1978), 46 C.C.C. (2d) 44.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal by the appellant from the dismissal by the Ontario High Court of an application by way of *certiorari* and mandamus. Appeal dismissed.

Julius Melnitzer, for the appellant.

David H. Doherty, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal is whether an accused, who is before a magistrate under Part XVI of the *Criminal Code* on a charge of an indictable offence which is not within the absolute jurisdiction of the magistrate nor within the exclusive jurisdiction of a superior court of criminal jurisdiction, may, when put to his election under *Criminal Code*, s. 484(2), elect the forum in which he is to be tried as well as the mode of trial. In short, in electing trial by a court composed of a judge and jury, is he entitled to claim trial before a court composed of a Supreme Court judge and jury? Correlatively, should he elect trial by judge alone, is he entitled to specify trial by a Supreme Court judge alone?

This issue arose in Ontario where, prior to an amendment by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 61, of the definition of "judge" in s. 482 of Part XVI, the term related in Ontario only to a judge or junior judge of the county or district court. As a result of the amendment, the definition of judge was extended to include a judge of the superior court of criminal jurisdiction in the province. Counsel for the appellant does not rely on this change as being decisive in his favour and, indeed, he could hardly do so because the definition of "judge" in the Province of British Columbia had, even before the amendment affecting Ontario, included the Chief Justice or a puisne judge of the Supreme Court and, similarly in Manitoba, had included the Chief Justice or a puisne judge of the Court of Queen's Bench, as well as a judge of a county court in each of those Provinces.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel interjeté par l'appelant du rejet par la Haute Cour de l'Ontario d'une demande de *certiorari* et de *mandamus*. Pourvoi rejeté.

Julius Melnitzer, pour l'appelant.

David H. Doherty, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi porte sur la question de savoir si un prévenu, qui comparaît devant un magistrat en vertu de la Partie XVI du *Code criminel* sur une inculpation d'acte criminel qui ne relève pas de la compétence absolue du magistrat ni de la compétence exclusive d'une cour supérieure de juridiction criminelle, peut, lorsqu'il est appelé à faire son choix en vertu du par. 484(2) du *Code criminel*, choisir le tribunal devant lequel il doit être jugé ainsi que le mode de procès. En résumé, lorsqu'il choisit un procès devant une cour composée d'un juge et d'un jury, le prévenu a-t-il le droit de demander un procès devant une cour composée d'un juge de la Cour suprême et d'un jury? Corrélativement, s'il choisit un procès devant un juge seul, a-t-il le droit de préciser qu'il veut un procès devant un juge de la Cour suprême siégeant seul?

Ce litige est né en Ontario où, avant une modification de la définition du mot «juge» à l'art. 482 de la Partie XVI apportée par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 61, ce mot, en Ontario, signifiait seulement un juge ou un juge *junior* d'une cour de comté ou de district. Par suite de cette modification, la définition de juge a été étendue de manière à comprendre un juge de cour supérieure de juridiction criminelle de la province. L'avocat de l'appelant ne prétend pas que cette modification soit décisive en sa faveur et, en fait, il pourrait difficilement le faire parce que la définition de «juge» dans la province de la Colombie-Britannique, même avant la modification apportée pour l'Ontario, comprenait le juge en chef ou un juge puîné de la Cour suprême et, de la même façon au Manitoba, comprenait le juge en chef ou un juge puîné de la Cour du banc de la Reine, de même qu'un juge d'une cour de comté dans chacune de ces provinces.

In some provinces, the question of choice not only of the mode of trial but of the forum is now predetermined by the merger of county and superior courts, as has happened in Prince Edward Island, in New Brunswick and in Alberta, where "judge" under s. 482 (as amended by 1978-79 (Can.), c. 11, s. 10(1)) now means a judge of the superior court of criminal jurisdiction in those Provinces. On the other hand, for Nova Scotia "judge" is defined as a judge of a county court, so that there too the mode of trial, by judge alone or a court composed of judge and jury, also determines the forum when an election is made under s. 484 and the accused chooses not to be tried by the magistrate. In short, the definition of "judge" determines the court level at which the Crown can proceed.

In the present case the magistrate refused to accept the accused's election for trial by a court composed of Supreme Court judge and jury and directed that the election be entered in conformity with the words of s. 484(2) which reads as follows:

484. (1) ...

(2) An accused to whom this section applies shall, after the information has been read to him, be put to his election in the following words:

You have the option to elect to be tried by a magistrate without a jury; or you may elect to be tried by a judge without a jury; or you may elect to be tried by a court composed of a judge and jury. How do you elect to be tried?

Thereupon the accused brought an application by way of *certiorari* and mandamus which came before Trainor J. of the Ontario High Court who dismissed it. His judgment save for a qualification irrelevant to the issue in this case was affirmed by the Ontario Court of Appeal.

I am in substantial agreement with the reasons of Trainor J., save that (and this was a point made by the Crown respondent) it is not quite correct to say that the effect of the amendment of the definition of "judge" in Ontario was to allow the accused to re-elect without going through the pre-

Dans certaines provinces, la question du choix non seulement du mode de procès mais aussi du tribunal est maintenant déterminée à l'avance par la fusion des cours supérieure et de comté, comme c'est le cas à l'Île-du-Prince-Édouard, au Nouveau-Brunswick et en Alberta, où le mot «juge», en vertu de l'art. 482 (modifié par 1978-79 (Can.), chap. 11, par. 10(1)), signifie maintenant un juge de la cour supérieure de juridiction criminelle de ces provinces. Par contre, un «juge» de la Nouvelle-Écosse est défini comme un juge d'une cour de comté de sorte que, dans cette province également, le mode de procès, devant un juge seul ou un tribunal composé d'un juge et d'un jury, détermine également le tribunal lorsqu'un prévenu est appelé à faire un choix en vertu de l'art. 484 et qu'il choisit de ne pas être jugé par le magistrat. En résumé, la définition de «juge» détermine le niveau de la cour devant laquelle le ministère public peut poursuivre.

En l'espèce, le magistrat a refusé d'accepter le choix du prévenu d'un procès devant une cour composée d'un juge de la Cour suprême et d'un jury et a ordonné que le choix soit inscrit conformément au texte du par. 484(2) qui se lit comme suit:

484. (1) ...

(2) Après qu'on lui a lu la dénonciation, un prévenu visé par le présent article doit être appelé à faire son choix, dans les termes suivants:

Vous avez la faculté de choisir d'être jugé par un magistrat sans jury; ou vous pouvez choisir d'être jugé par un juge sans jury; ou encore vous pouvez choisir d'être jugé par une cour composée d'un juge et d'un jury. Comment choisissez-vous d'être jugé?

Le prévenu a alors présenté une demande par voie de *certiorari* et de *mandamus* qui est venue à audience devant le juge Trainor de la Haute Cour de l'Ontario qui l'a rejetée. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé ce jugement à l'exception d'une réserve qui n'est pas pertinente en l'espèce.

Je suis en substance d'accord avec les motifs du juge Trainor, sauf que (et il s'agit d'un point soulevé par le ministère public intimé) il n'est pas tout à fait exact de dire que la modification de la définition de «juge» en Ontario a eu pour effet de permettre au prévenu de faire un nouveau choix

vious procedure of appearing before a county or district court judge. Rather, it was to enable a Supreme Court judge in Ontario to try indictable offences without a jury.

Counsel for the appellant had to make his case by finding a necessary implication from ss. 482 and 484. He emphasized the use of the indefinite article "a" in s. 484 and contrasted other provisions of the *Criminal Code*, such as ss. 464, 429.1 and 492(3). He also relied on the words of s. 484(3)(*a*), requiring a magistrate who commits an accused for trial to endorse on the information "a statement showing the nature of the election". In my opinion, no such implication as would support the appellant's position flows from the differences in the wording of s. 482(2) and (3).

Section 464 which is in Part XV of the *Criminal Code* and which provides for an election in the same terms as s. 484(2) where an accused is before a justice other than a magistrate does not help the contention of the appellant albeit there is no definition of "judge" in Part XV. The absence of a definition cannot enlarge the position of an accused *vis-à-vis* the Crown, nor can it gloss the words of s. 484(2) to give the accused the right to choose the forum. Nor is the contrast of s. 429.1 helpful to his position. It is an express illustration of a limited situation where the forum is prescribed. Under s. 429.1, an accused, on electing trial by a court composed of judge and jury, is to be tried by a court composed of a superior court judge and jury unless at the time of election he agrees to trial before a county or district court judge and jury or re-elects under s. 492 for trial before a juge alone, or, with the assent of the Attorney General, for trial by a magistrate. Even so s. 429.1 is qualified by reference to the powers of the Attorney General under s. 498 (*i.e.* in this context, to require trial by a court composed of a county or district court judge and jury).

sans passer par la procédure antérieure de comparution devant un juge d'une cour de comté ou de district. Elle a plutôt eu pour effet d'habiliter un juge de la Cour suprême de l'Ontario à juger d'actes criminels sans jury.

L'avocat de l'appelant a dû fonder ses arguments sur une déduction nettement implicite qu'il lui fallait tirer des art. 482 et 484. Il a souligné l'emploi de l'article indéfini «un» à l'art. 484 par opposition à d'autres dispositions du *Code criminel*, comme les art. 464, 429.1 et 492(3). Il s'est également appuyé sur les mots de l'al. 484(3)*a*) qui exigent d'un magistrat qui renvoie un prévenu à son procès qu'il fasse sur la dénonciation «une inscription indiquant la nature du choix». A mon avis, aucune déduction susceptible d'appuyer la position de l'appelant ne découle des différences que l'on trouve dans le texte des par. 482(2) et (3).

L'article 464 que l'on trouve dans la Partie XV du *Code criminel* et qui prévoit un choix dans les mêmes termes que le par. 484(2) lorsqu'un prévenu comparaît devant un juge de paix autre qu'un magistrat, n'appuie en rien la prétention de l'appelant quoiqu'il n'y ait aucune définition du mot «juge» dans la Partie XV. L'absence de définition ne peut améliorer la position d'un prévenu vis-à-vis du ministère public ni modifier le sens des mots du par. 484(2) de manière à donner au prévenu le droit de choisir le tribunal. L'opposition avec l'art. 429.1, elle non plus, n'ajoute rien à sa prétention. C'est une illustration précise d'un cas déterminé où le tribunal est désigné. En vertu de l'art. 429.1, quant un prévenu choisit un procès devant une cour composée d'un juge et d'un jury, il doit être jugé par une cour composée d'un juge d'une cour supérieure et d'un jury sauf si, au moment où il fait son choix, il accepte d'être jugé par un juge de comté ou de district et un jury ou fait un nouveau choix en vertu de l'art. 492 pour être jugé devant un juge seul, ou, avec l'accord du procureur général, pour un procès devant un magistrat. Même dans ce cas, la portée de l'art. 429.1 est limitée par la mention des pouvoirs du procureur général en vertu de l'art. 498 (c.-à-d. dans ce contexte, d'exiger que le prévenu soit jugé par une cour composée d'un juge de comté ou de district et un jury).

I do not question the concern of counsel for the accused that to deny his contention may leave too much power in the prosecution. However, the Crown has traditionally had the choice which counsel for the appellant now seeks to deny, and there is little point in trying to assess where the greater opportunities for abuse lie, whether with the Crown or with the accused. Certainly, where there are co-accused, each may choose a different forum, but counsel for the appellant answers this by pointing to overriding powers of the Attorney General. Be that as it may, the success of this appeal must rest on finding a necessary implication to support election of the forum as well as the mode of trial and I am unable to see how such an implication can be made under the relevant provisions governing and surrounding election for trial.

I have two other observations. It is true that s. 507 of the *Criminal Code* respecting the preferring of indictments in Ontario and in other specified provinces does not carry any definition of "judge" or "court", there being no definition section in Part XVII. This, however, does not help the appellant; if anything, it fortifies the choice of forum that is left open to the prosecution in respect of an accused who has been put to his election after committal for trial, pursuant to s. 484.

The second observation concerns the judgment in *R. v. Jory*[1], a judgment of His Honour Judge Graburn, upon which counsel for the appellant heavily relied. It was a case where the accused had elected trial by a court composed of judge and jury and the Crown chose to proceed on the charges in the Supreme Court of Ontario. There were also co-accused involved. When the accused opted for re-election under s. 492 for trial before a judge alone, an issue arose whether, having regard to the counts under which the accused was charged, the re-election could take place before Judge Graburn or had to be made in the Supreme Court where the indictment had been sent. The fact that Judge Graburn concluded that he could take the re-elec-

[1] (1978), 46 C.C.C. (2d) 44.

Je ne mets pas en doute la crainte manifestée par l'avocat du prévenu que le rejet de sa prétention puisse laisser une trop grande latitude à la poursuite. Cependant, le ministère public a traditionnellement eu le choix que l'avocat de l'appelant cherche maintenant à nier et il y a peu à gagner à chercher à déterminer où se trouvent les plus grandes possibilités d'abus, de la part du ministère public ou du prévenu. Assurément lorsqu'il y a des coprévenus, chacun peut choisir un tribunal différent, mais l'avocat de l'appelant répond à cela en faisant ressortir les pouvoirs prépondérants du procureur général. Quoi qu'il en soit, le succès de ce pourvoi doit dépendre de la découverte d'une déduction nettement implicite qui appuie le choix du tribunal de même que le mode de procès et je ne peux voir comment une telle déduction est possible en vertu des dispositions pertinentes qui régissent et entourent le choix en vue du procès.

J'aurais deux autres observations à faire. Il est exact que l'art. 507 du *Code criminel* concernant la présentation des actes d'accusation en Ontario et dans d'autres provinces spécifiées ne comporte aucune définition de «juge» ou «cour», puisqu'il n'y a aucun article de définition dans la Partie XVII. Cela n'est toutefois d'aucun secours à l'appelant; au contraire, cela renforce le choix du tribunal qui est laissé à la poursuite lorsqu'un prévenu a été appelé à faire son choix après avoir été renvoyé à procès, conformément à l'art. 484.

La seconde observation porte sur la décision du juge Graburn dans *R. v. Jory*[1] que l'avocat de l'appelant a invoquée avec insistance. Il s'agit d'une affaire où le prévenu avait choisi un procès devant une cour composée d'un juge et d'un jury et où le ministère public a choisi de poursuivre devant la Cour suprême de l'Ontario. Des coprévenus étaient également en cause. Lorsque le prévenu a voulu faire un nouveau choix en vertu de l'art. 492 pour un procès devant un juge seul, on s'est posé la question de savoir si, compte tenu des chefs d'accusation, le prévenu pouvait faire son nouveau choix devant le juge Graburn ou s'il devait le faire devant la Cour suprême où l'acte d'accusation avait été présenté. La conclusion du juge Graburn

[1] (1978), 46 C.C.C. (2d) 44.

tion does not, in my view, mean that the accused could choose the forum. The re-election provisions are special provisions and do not colour the terms of s. 484.

It is true that Judge Graburn said he would invoke s. 497(*d*) if the accused should re-elect trial by judge alone in the County Court Judges' Criminal Court and that he would then require him to be tried with his co-accused in the Supreme Court with a jury. I do not, however, regard these observations as considered conclusions that would lend support to the appellant's contention. They are perhaps a reflection of the course of practice in such situations. The main question for Judge Graburn was whether the accused could re-elect before him. His observations about re-election for trial by judge alone in the County Court Judges' Criminal Court are not supported by s. 492(3) nor does his invocation of s. 497(*d*) allow him to specify trial in the Supreme Court with a jury. Section 492(3) speaks only of re-election for trial before a judge alone without specification of forum and s. 497(*d*) speaks of discretion to require a trial by a court composed of a judge and jury, again without specification of the forum.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Cohen & Melnitzer, London.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

que ce nouveau choix pouvait être fait devant lui ne signifie pas, à mon avis, que le prévenu pouvait choisir le tribunal. Les dispositions concernant le nouveau choix sont des dispositions spéciales qui ne touchent en rien le texte de l'art. 484.

Il est vrai que le juge Graburn a dit qu'il aurait recours à l'al. 497*d*) si, dans son nouveau choix, le prévenu manifestait le désir d'être jugé par un juge seul devant la Cour des juges de comté, juridiction criminelle, et qu'il exigerait alors qu'il soit jugé avec son coprévenu devant la Cour suprême avec un jury. Je ne considère toutefois pas qu'il s'agit là de conclusions motivées qui appuient la prétention de l'appelant. Il s'agit peut-être d'une opinion qui reflète la pratique en pareil cas. La question principale qui se posait au juge Graburn était de savoir si le prévenu pouvait faire un nouveau choix devant lui. Ses observations sur le nouveau choix pour un procès devant un juge seul de la Cour des juges de comté, juridiction criminelle, ne trouvent pas de fondement dans le par. 492(3) et son recours à l'al. 497*d*) ne lui permet pas de parler d'un procès devant la Cour suprême avec un jury. Le paragraphe 492(3) parle uniquement d'un nouveau choix pour un procès devant un juge seul sans préciser le tribunal et l'al. 497*d*) parle du pouvoir discrétionnaire d'exiger un procès devant une cour composée d'un juge et d'un jury, encore une fois sans précision quant au tribunal.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Cohen & Melnitzer, London.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Texaco Canada Limited *Appellant*;

and

The Corporation of the City of Vanier *Respondent*.

1981: February 25; 1981: March 19.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Municipal law — By-laws — Municipal Act provision for licensing and regulating of public garages authority for passing by-law imposing restrictions of business premises — Whether or not authority to license or regulate a specified trade or business included by-laws touching on amenities of premises from which trade or business carried on — The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 354(1), para. 131.

The municipal by-law challenged by the appellant provided for the erection of a fence or the planting of a hedge along the property lines of public garages not adjacent to the street. This by-law had been enacted by the respondent muncipality pursuant to a provision of *The Municipal Act* permitting by-laws "for licensing and regulating the owners and operators of public garages . . .". The issue was whether a municipality, authorized to pass by-laws for "licensing and regulating" specified trades and businesses, could include in its by-laws provisions touching on the amenities of the premises from which the trade or business was conducted.

The Ontario Court of Appeal sustained the decision of the trial judge who found the restriction to be of regulatory nature falling within the authority conferred upon the municipality to license and regulate.

Held: The appeal should be allowed.

The impugned provision of respondent's by-law did not relate to the business that was being licensed and regulated; it had nothing to do with the character of the business, nor with any factors touching its conduct. Rather, it was concerned with esthetic considerations of the property from which the business was conducted. Even if it were not a restriction on the use of the property to require that premises used as public garages be satisfactorily fenced or hedged, it did not follow that

Texaco Canada Limited *Appelante*;

et

The Corporation of the City of Vanier *Intimée*.

1981: 25 février; 1981: 19 mars.

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

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

Droit municipal — Règlements — Disposition de la Loi municipale sur les permis et la réglementation des garages publics autorisant l'adoption d'un règlement imposant des restrictions sur les lieux d'exploitation — Le pouvoir d'autoriser par permis ou de réglementer une entreprise ou commerce précis comprend-il les règlements relatifs à l'aménagement des lieux où le commerce ou l'entreprise est exploité? — The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284, art. 354(1), par. 131.

Le règlement municipal contesté par l'appelante prévoit l'érection d'une clôture ou la plantation d'une haie en bordure du terrain des garages publics sauf sur les côtés qui donnent sur une rue. Ce règlement a été édicté par la municipalité intimée en vertu d'une disposition de *The Municipal Act* qui permet l'adoption de règlement «pour autoriser par permis et réglementer les activités des propriétaires ou exploitants de garages publics . . .». La question litigieuse est de savoir si une municipalité qui a le pouvoir d'adopter des règlements pour «autoriser par permis et réglementer» des entreprises et des commerces précis peut inclure dans ses règlements des dispositions concernant l'aménagement des lieux où l'entreprise ou le commerce est exploité.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la décision du juge de première instance qui a conclu que la restriction était de nature réglementaire et relevait du pouvoir dont jouit la municipalité d'autoriser par permis et de réglementer.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La disposition contestée du règlement de l'intimée ne porte pas sur l'entreprise qui est autorisée et réglementée; elle n'a rien à voir avec la nature de l'entreprise ni avec aucun élément qui touche son exploitation. Au contraire, elle porte sur des considérations d'ordre esthétique pour la propriété sur laquelle l'entreprise est exploitée. Même si le fait d'exiger que les lieux utilisés comme garages publics soient clos ou entourés d'une haie d'une manière satisfaisante ne constitue pas une

such a requirement was regulatory of the licensed business.

Re Cities Service Oil Co. Ltd. and City of Kingston (1956), 5 D.L.R. (2d) 126, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], dismissing an appeal from a decision of Maloney J. Appeal allowed.

John T. Morin and *Gavin MacKenzie*, for the appellant.

Gaston Carbonneau, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this case, shortly put, is whether a municipality, which is authorized to pass by-laws "for licensing and regulating" specified trades and businesses, *e.g.* the owners or operators of public garages, may include in such by-laws provisions touching the amenities of the premises on which the trade or business is carried on, as by requiring a closed fence or a hedge along the property lines save those adjacent to a street.

The matter arises in this case under an amended by-law of the respondent municipality enacted under subs. 354(1), para. 131, of *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, c. 284. This provision is found in a part of *The Municipal Act* headed "*Trades and Businesses*" and reads that by-laws may be passed "For licensing and regulating the owners or operators of public garages, and for fixing the fees for such licences, and for revoking such licences, and for imposing penalties for breaches of such by-law and for the collection thereof". The challenged provision of the by-law as amended, is as follows:

Every applicant or licensee shall:

. . .

[1] (1979), 106 D.L.R. (3d) 706; (1979), 27 O.R. (2d) 415.

restriction de l'usage de la propriété, il ne s'ensuit pas que pareille exigence constitue une réglementation de l'entreprise autorisée.

Jurisprudence: arrêt suivi: *Re Cities Service Oil Co. Ltd. and City of Kingston* (1956), 5 D.L.R. (2d) 126.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a rejeté un appel du jugement du juge Maloney. Pourvoi accueilli.

John T. Morin et *Gavin MacKenzie*, pour l'appelante.

Gaston Carbonneau, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Brièvement, la question litigieuse en l'espèce est de savoir si une municipalité qui a le pouvoir d'adopter des règlements [TRADUCTION] «pour autoriser par permis et réglementer» des entreprises et des commerces précis, tels les propriétaires ou exploitants de garages publics, peut inclure dans ces règlements des dispositions concernant l'aménagement des lieux où l'entreprise ou le commerce est exploité, par exemple en exigeant une clôture fermée ou une haie en bordure du terrain sauf sur les côtés qui donnent sur la rue.

La présente affaire découle d'une modification apportée au règlement de la municipalité intimée, édictée sous le régime du par. 354(1), al. 131 de *The Municipal Act*, R.S.O. 1970, chap. 284. Cette disposition se trouve dans la partie de *The Municipal Act* intitulée [TRADUCTION] «*Commerces et entreprises*» et établit que des règlements peuvent être adoptés [TRADUCTION] «pour autoriser par permis et réglementer les activités des propriétaires ou exploitants de garages publics, pour établir les droits à payer pour ces permis, pour les révoquer, pour frapper de pénalités les infractions à ce règlement et pour leur recouvrement». Voici le texte de la disposition contestée de ce règlement modifié:

[TRADUCTION] Tout requérant ou détenteur de permis doit:

. . .

[1] (1979), 106 D.L.R. (3d) 706; (1979), 27 O.R. (2d) 415.

erect and maintain a six foot closed fence constructed with materials and in a manner approved by the Superintendant of Inspection or plant and maintain a hedge having a minimum height of four feet and a maximum height of six feet along all property lines other than the property line or lines adjacent to a street.

The question of the validity of this term of the by-law came before Maloney J. who purported to distinguish the judgment of McRuer C.J.H.C. in *Re Cities Service Oil Co. Ltd. and City of Kingston*[2]. He concluded as follows:

> In my view, a requirement that a property occupied and used in the business of a public garage should be fenced or hedged to a certain extent is not a by-law restricting the use of the property in which the business is carried on, but is, in essence, a restriction of a regulatory nature falling within the authority conferred upon the municipality to license and regulate the operators of public garages.

This view of the matter was sustained in short oral reasons by the Ontario Court of Appeal. Leave was granted to bring the case here, the Court granting leave being informed that the issue is of wide importance in various municipalities in Ontario.

What is urged by the appellant is that the challenged provision of the by-law is concerned with the use of land on which the licensed business is carried on and is the type of provision which comes under s. 35 of *The Planning Act*, R.S.O. 1970, c. 349. By-laws under s. 35 require the approval of the Ontario Municipal Board. It was submitted further that there are other provisions of *The Municipal Act, e.g.* subs. 354(1), paras. 19-24, that authorize by-laws respecting fences and that s. 35*a* of *The Planning Act* also gives express power to municipalities with respect to fences. What was chiefly relied on, however, was the principle said to emerge from the *Cities Service Oil* case and I turn to a consideration of its rationale.

The case involved the exercise by a municipality of a power similar to that which was exercised by the respondent here, namely, a power to pass by-laws licensing, regulating and governing the

[2] (1956), 5 D.L.R. (2d) 126.

ériger et entretenir une clôture fermée de six pieds de hauteur construite de matériaux et d'une façon approuvée par l'inspecteur, ou planter et entretenir une haie d'une hauteur minimale de quatre pieds et d'une hauteur maximale de six pieds, en bordure du terrain à l'exception de la ou des limites qui donnent sur une rue.

La question de la validité de cette modalité du règlement est venue à audience devant le juge Maloney qui a voulu établir une distinction avec le jugement du juge en chef McRuer de la Haute Cour dans *Re Cities Service Oil Co. Ltd. and City of Kingston*[2]. Il conclu comme suit:

> [TRADUCTION] A mon avis, une exigence portant qu'un terrain occupé et utilisé comme garage public doit être clos d'une certaine façon, n'est pas un règlement qui restreint l'usage du terrain sur lequel l'entreprise est exploitée; il s'agit plutôt, essentiellement, d'une restriction de nature réglementaire qui relève du pouvoir dont jouit la municipalité d'autoriser par permis et de réglementer les activités des exploitants de garages publics.

La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette opinion dans de courts motifs oraux. Cette Cour a autorisé ce pourvoi étant donné qu'on l'a avisée que la question est d'une grande importance dans plusieurs municipalités de l'Ontario.

L'appelante fait valoir que la disposition contestée du règlement vise l'usage du terrain sur lequel l'entreprise autorisée est exploitée et que ce genre de disposition relève de l'art. 35 de *The Planning Act*, R.S.O. 1970, chap. 349. Les règlements adoptés en vertu de l'art. 35 doivent être approuvés par la Commission municipale de l'Ontario. On ajoute que d'autres dispositions de *The Municipal Act*, par ex. le par. 354(1), al. 19-24, autorisent l'adoption de règlements concernant les clôtures et que l'al. 35*a* de *The Planning Act* accorde également des pouvoirs exprès aux municipalités à cet égard. Toutefois elle s'est surtout appuyée sur le principe qui se dégagerait de l'affaire *Cities Service Oil* dont je vais examiner maintenant les principes.

Cette affaire portait sur l'exercice par une municipalité d'un pouvoir analogue à celui qu'a exercé l'intimée en l'espèce, savoir, un pouvoir d'adopter des règlements autorisant par permis, réglemen-

[2] (1956), 5 D.L.R. (2d) 126.

owners or keepers of automobile service stations. The challenged by-law in the *Cities Service Oil* case provided, *inter alia*, in s. 3 thereof for a special minimum street frontage (clause (b)) and for certain minimum distances of pump islands from the street line and for longer minimum distances of buildings of automobile service stations from the street line (clause (c)). An application to quash s. 3 of the by-law (and with it s. 4 as being intimately associated with s. 3) came before McRuer C.J.H.C. who quashed these provisions. He said this, in the course of his reasons, at p. 130:

While I am not required to decide how far a municipal council can go in passing licensing by-laws which may restrict in some measure the use of the property, I feel convinced that para. (b) of s. 3 is a restriction on the use of property that can only be passed under s. 390 of *The Municipal Act*. It obviously has nothing to do with the owner or keeper of the service-station. It has to do with the use that land may be put to for a service-station and it requires that before an owner of a service-station may be licensed the lot on which the service-station is situated must have a minimum street frontage of 150 lineal feet except on corner lots where the minimum street frontage shall be 100 ft. This, in my opinion, is a restriction on the use of land as distinct from a measure regulating or governing the owners or keepers of service-stations. To uphold this by-law would be to give municipalities a power in the guise of licensing to pass restrictive by-laws which might have very wide ramifications. It may well be that it is undesirable in many localities that a service-station should be on a lot with less than 150 lineal feet frontage or less than 10,000 square feet, but this is not a matter, in my opinion, that can be controlled under licensing powers. It is something that a council has power to control by exercising those powers given to it under s. 390 with the approval of the Municipal Board.

And, further, at p. 131, he referred to:

... the distinction between a by-law that provides for licensing, regulating and governing owners and keepers of automobile service-stations for the purposes of controlling a business in its character, and the way in which

tant et régissant les activités des propriétaires ou exploitants de stations-service. Le règlement contesté dans l'affaire *Cities Service Oil* prévoyait notamment à l'art. 3 une largeur minimale particulière le long de la rue (al. b)) et certaines distances minimales entre les îlots de pompes à essence et la rue ainsi que des distances minimales supérieures entre le bâtiment de la station-service et la rue (al. c)). Une demande de cassation de l'art. 3 du règlement (ainsi que de l'art. 4 qui y était intimement lié) est venue à audience devant le juge en chef McRuer de la Haute Cour qui a cassé ces dispositions. Il dit, dans ses motifs, à la p. 130.

[TRADUCTION] Bien que je ne sois pas appelé à établir jusqu'où un conseil municipal peut aller dans l'adoption de règlements sur la délivrance de permis qui peuvent restreindre dans une certaine mesure l'usage de la propriété, je suis convaincu que l'al. 3b) constitue une restriction de l'usage de la propriété qui ne peut être adoptée qu'en vertu de l'art. 390 de *The Municipal Act*. Il n'a évidemment rien à voir avec le propriétaire ou l'exploitant de la station-service. Il vise l'usage auquel le bien-fonds peut être affecté pour une station-service et il exige, comme condition préalable à l'obtention d'un permis, que le terrain sur lequel la station-service est située ait une largeur minimale de 150 pieds linéaires le long de la rue, à l'exception des terrains en coin où la largeur minimale le long de la rue est de 100 pieds. A mon avis, cela constitue une restriction sur l'usage du bien-fonds par opposition à une mesure qui réglemente ou régit les activités des propriétaires ou exploitants de stations-service. Confirmer ce règlement accorderait aux municipalités un pouvoir, sous le couvert d'autorisation par permis, d'adopter des règlements restrictifs qui pourraient avoir des répercussions très importantes. Il est bien possible qu'il soit peu souhaitable dans de nombreuses localités qu'une station-service soit située sur un terrain d'une largeur inférieure à 150 pieds ou d'une superficie inférieure à 10,000 pieds carrés; mais ce n'est pas une question qui, à mon avis, peut être réglementée en vertu des pouvoirs sur la délivrance de permis. C'est quelque chose que le conseil a le pouvoir de réglementer par l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 390 avec l'approbation de la Commission municipale.

Puis, à la p. 131, il a parlé de:

[TRADUCTION] ... la distinction entre un règlement qui prévoit l'autorisation par permis, la réglementation et la régie des propriétaires et exploitants de stations-service aux fins de régler la nature d'une entreprise et la façon

it is carried on on a particular property, and a by-law which purports to restrict the use to which that property is to be put and to limit the size of the property on which a particular business is to be carried on. It necessarily follows that a by-law requiring buildings to be a certain distance from the street-line cannot be passed under licensing powers of a municipal council. That being true, the whole of s. 3 is in my opinion invalid.

In my opinion, the principle that emerges from the *Cities Service Oil* case, a principle which I accept, applies here. The impugned provision of the respondent's by-law does not relate to the business that is being licensed and regulated; it has nothing to do with the character of the business, nor with any factors touching its conduct. Rather, it is concerned with esthetic considerations, with the external appearance of the property on which the business is being carried on. It compels an amenity that will have a neighbourhood appeal in the sense of protecting neighbouring property or insulating such property to some degree from an adjoining public garage. The desirability of a fence, or hedge, is not the question that has to be answered but rather whether it falls within the power under which alone it is authorized.

Maloney J. sought to distinguish the *Cities Service Oil* case but I cannot accept his characterization of the challenged provision. Even if the learned Judge be correct in his view that it is not a restriction of the use of property to require that the premises used in the business of a public garage be fenced or have a hedge, it does not follow, in my view, that such a requirement is regulatory of the licensed business. It was not suggested that this provision could be validated, even if invalid standing alone, by being swallowed up by other valid terms of the by-law. Counsel for the respondent appeared to take a position of this nature by pointing to other allegedly valid provisions, one being a provision requiring lighting of the premises if the business be carried on after dusk. I have no difficulty in seeing this as a regulation of the business but the same character cannot be attributed to the requirement of a fence or hedge along the property lines other than those

dont elle est exploitée sur une propriété déterminée, et un règlement qui tend à restreindre l'usage auquel cette propriété est affectée et à limiter les dimensions de la propriété sur laquelle une entreprise particulière est exploitée. Il en résulte nécessairement qu'un règlement qui exige que des bâtiments soient à une certaine distance de la rue ne peut être adopté en vertu du pouvoir d'autoriser par permis que détient un conseil municipal. Cela étant, la totalité de l'art. 3 est à mon avis invalide.

A mon avis, le principe qui se dégage du jugement dans l'affaire *Cities Service Oil*, principe que j'accepte, s'applique en l'espèce. La disposition contestée du règlement de l'intimée ne porte pas sur l'entreprise qui est autorisée et réglementée; elle n'a rien à voir avec la nature de l'entreprise ni avec aucun élément qui touche son exploitation. Au contraire, elle porte sur des considérations d'ordre esthétique, sur l'apparence extérieure de la propriété sur laquelle l'entreprise est exploitée. Elle exige un aménagement attrayant pour le voisinage dans le sens qu'elle protège les propriétés avoisinantes ou les isole jusqu'à un certain point d'un garage public adjacent. Que la présence d'une clôture ou d'une haie soit souhaitable n'est pas la question qu'il faut trancher; il s'agit plutôt de savoir si le règlement relève du seul pouvoir en vertu duquel il est autorisé.

Le juge Maloney a cherché à établir une distinction avec *Cities Service Oil*, mais je ne peux accepter sa caractérisation de la disposition contestée. Même si le savant juge avait raison de dire qu'exiger que les lieux utilisés comme garages publics soient clos ou entourés d'une haie ne constitue pas une restriction de l'usage de la propriété, il n'en résulterait pas, à mon avis, que pareille exigence constitue une réglementation de l'entreprise autorisée. On n'a pas prétendu que cette disposition pouvait être validée, même si elle est invalide en elle-même, parce qu'elle est entourée d'autres modalités valides du règlement. L'avocat de l'intimée a paru adopter une position de cette nature en signalant d'autres dispositions qu'il prétend valides, dont une requiert l'éclairage des lieux si l'entreprise est exploitée après la tombée du jour. Je n'éprouve aucune difficulté à voir là une réglementation de l'entreprise, mais on ne peut qualifier de la même façon l'obligation d'ériger et

adjacent to a street.

Counsel for the appellant pointed to other provisions of the by-law which he alleged to be of doubtful validity but they are not involved in this appeal and I leave them out of consideration. Being of the opinion that the challenged provision is outside of the licensing and regulatory power which is relied upon to sustain it, I would allow the appeal, set aside the judgments below and direct that an order issue to strike out the challenged provision as being *ultra vires*. The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitors for the respondent: Filion, DeGagné & Gascon, Vanier.

d'entretenir une clôture ou une haie en bordure de la propriété sur les côtés qui ne donnent pas sur la rue.

L'avocat de l'appelante a signalé d'autres dispositions du règlement dont la validité, prétend-il, est douteuse, mais elles ne sont pas en cause dans ce pourvoi et je m'abstiens de les examiner. Etant d'avis que la disposition contestée ne relève pas du pouvoir d'autoriser par permis et de réglementer que l'on a invoqué à son appui, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les décisions des cours d'instance inférieure et d'ordonner que la disposition contestée soit rayée parce qu'elle est *ultra vires*. L'appelante à droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Filion, DeGagné & Gascon, Vanier.

Ernest Desaulniers (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Ford Motor Company of Canada Ltd. (*Defendant*) *Respondent*.

1981: March 19.

Present: Laskin C.J. and Martland, Dickson, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Sale — Motor vehicles — Hidden defects — Legal warranty — Conventional warranty — Liability of manufacturer — Privity — Tardy action — Civil Code, art. 1522.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal[1], setting aside a judgment of the Superior Court[2] granting damages to appellant with interest at 8 per cent.

Jean-P. Renault, for the plaintiff, appellant.

Jean-Guy Campeau, for the defendant, respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—Being generally in agreement with the reasons of the judge of the Superior Court, we are all of the opinion that the appeal must be allowed with costs throughout, the judgment of the Court of Appeal set aside and the judgment at trial restored varying however the interests which will be 5 per cent instead of 8 per cent.

Judgment accordingly.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Robinson, Cutler, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Langlois, Flam & Green, Montreal.

Solicitors for the defendant, respondent: Bronstetter, Wilkie, Penhale, Donovan, Giroux & Charbonneau, Montreal.

[1] J.E. No. 80-149.
[2] [1976] C.S. 1609.

Ernest Desaulniers (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Ford du Canada Limitée (*Défenderesse*) *Intimée*.

1981: 19 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Vente — Véhicules automobiles — Vices cachés — Garantie légale — Garantie conventionnelle — Responsabilité du manufacturier — Lien de droit — Action tardive — Code civil, art. 1522.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel[1], qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure[2] qui avait accordé des dommages-intérêts à l'appelant avec intérêt à 8 pour cent.

Jean-P. Renault, pour le demandeur, appelant.

Jean-Guy Campeau, pour la défenderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Etant de façon générale d'accord avec les motifs du juge de la Cour supérieure, nous sommes tous d'avis que l'appel doit être accueilli avec dépens dans toutes les cours, l'arrêt de la Cour d'appel infirmé et le jugement de première instance rétabli avec toutefois une correction quant aux intérêts qui seront de 5 pour cent au lieu de 8 pour cent.

Jugement en conséquence.

Procureurs du demandeur, appelant: Robinson, Cutler, Sheppard, Borenstein, Shapiro, Langlois, Flam & Green, Montréal.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Bronstetter, Wilkie, Penhale, Donovan, Giroux & Charbonneau, Montréal.

[1] J.E. nº 80-149.
[2] [1976] C.S. 1609.

Alaska Trainship Corporation and the Ship "Alaska" *Appellants*;

and

The Pacific Pilotage Authority *Respondent*;

and

The Ship "S.S. Alaska" and Alaska Trainship Corporation *Appellants*;

and

The Pacific Pilotage Authority *Respondent.*

1981: February 19; 1981: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Shipping — Compulsory pilotage — Safety considerations to underlie pilotage regulations — Effect of possible bias in formulation of pilotage regulations — Validity of inclusion of ship's flag as consideration in exemption from or waiver of compulsory pilotage — Severability of that consideration — Pilotage Act, 1971 (Can.), c. 52, ss. 12, 14, 16(1) — Pacific Pilotage Regulations, C.R.C., c. 1270, ss. 9, 10.

The *S.S. Alaska*, a ship of Liberian registry, foreign construction and American ownership, was operated by a British Columbia firm and plied weekly between New Westminster and Wittier, Alaska. Although the masters had always been American, the crew and deck watch officers were either Canadian or landed immigrants. The deck watch officers, even though qualified, had not applied for pilotage certificates because of a policy of the Canadian Merchant Service Guild to which they belonged. This policy, in turn, reflected an arrangement between the Guild and the British Columbia Coast Pilots Ltd., a pilot-owned corporation providing pilotage services pursuant to a contract with the Pacific Pilotage Authority. Representations had been made at hearings held prior to the introduction of the *Pacific Pilotage Regulations* for exemption or waiver from compulsory pilotage or for an opportunity for the *S.S. Alaska*'s deck officers to obtain pilotage certificates but without result. Generally, authority to prescribe the qualifications for a

Alaska Trainship Corporation et le navire «Alaska» *Appelants*;

et

L'Administration de pilotage du Pacifique *Intimée*;

et

Le navire «S.S. Alaska» et Alaska Trainship Corporation *Appelants*;

et

L'Administration de pilotage du Pacifique *Intimée.*

1981: 19 février; 1981: 19 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Marine marchande — Pilotage obligatoire — Considérations de sécurité sous-jacentes aux règlements de pilotage — Effet d'une partialité possible dans la formulation du règlement de pilotage — Validité de l'inclusion du pavillon du navire à titre de considération d'exemption ou de dispense de pilotage obligatoire — Divisibilité de cette considération — Loi sur le pilotage, 1971 (Can.), chap. 52, art. 12, 14, 16(1) — Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique, C.R.C., chap. 1270, art. 9, 10.

Le *S.S. Alaska*, un navire qui bat pavillon libérien, construit à l'étranger et appartenant à une société américaine, est exploité par une compagnie de la Colombie-Britannique et effectue des voyages hebdomadaires entre New Westminster et Wittier (Alaska). Même si les capitaines du navire ont toujours été des citoyens américains, l'équipage et les officiers de quart à la passerelle sont des citoyens canadiens ou immigrants reçus. Quoique les officiers de quart à la passerelle aient la compétence professionnelle voulue, ils n'ont pas fait de demande de certificat de pilotage à cause d'une politique de la Guilde de la marine marchande du Canada dont ils sont membres. Cette politique découle quant à elle d'une entente intervenue entre la Guilde et la British Columbia Coast Pilots Ltd., une compagnie appartenant à des pilotes, avec laquelle l'Administration de pilotage du Pacifique a conclu un contrat pour la fourniture de services de pilotage. Avant l'adoption du *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique*,

pilotage certificate lay with the Authority through the making of regulations.

The appeal arose out of two actions brought in the Federal Court. In the first action, Alaska Trainship Corporation sought a declaration on various grounds of the invalidity of the *Pacific Pilotage Regulations* or alternatively of ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*). In the second action the Pacific Pilotage Authority sought to recover pilotage fees from the Alaska Trainship Corporation. The latter counterclaimed to recover a sum allegedly paid to the Authority for pilotage fees under a mutual mistake of law and under compulsion. The main issue, however, arose out of the first action and turned on the scope of the Pacific Pilotage Authority's powers under the *Pilotage Act*. The short question was whether conditioning the claim for exemption or waiver on the ship's flag could be fairly said to be a matter of or connected with safety in realization of the objects of the Authority under s. 12 of the Act.

Held: The appeal should be allowed.

The Regulations were not invalid because of conflict of interest so far as the pilots were members of the Authority and associated with the British Columbia Coast Pilots Ltd. and because of the interaction with the policy of the Canadian Merchant Service Guild. Further, there was no reasonable apprehension of bias or existence of bias, based on these associations, which could be a ground for declaring the Regulations invalid. The Authority had both an operating and regulatory function. Providing the appointments were validly made, it would be difficult to deny the Authority the power to exercise regulatory authority in accordance with the statutory prescriptions, even though there was a resulting pecuniary benefit. Such a benefit was immanent in the statute if not also in the regulation-making authority.

The Authority's regulation-making power, while requiring conformity with the Act's objects, allowed for a liberal interpretation of "the interests of safety". The power conferred by s. 14(1) of the Act, however, was not wide enough to embrace prescription of a ship's flag as referable to safety. The scope of s. 14(1) was exhausted

des audiences ont été tenues au cours desquelles on a demandé pour le compte du *S.S. Alaska* une exemption ou une dispense de pilotage obligatoire ou la possibilité que ses officiers de quart à la passerelle obtiennent des certificats de pilotage, mais sans résultat. Généralement parlant, le pouvoir de définir les qualités requises pour devenir titulaire d'un certificat de pilotage est conféré à l'Administration à titre de pouvoir de réglementation.

Ce pourvoi découle de deux actions en Cour fédérale. Dans la première, Alaska Trainship Corporation cherchait à obtenir en invoquant divers moyens une déclaration d'invalidité du *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique* ou, subsidiairement du sous-al. 9(2)*a*)(iii) et de l'al. 10(1)*a*). Dans la seconde, l'Administration de pilotage du Pacifique cherchait à recouvrer d'Alaska Trainship Corporation des droits de pilotage. Celle-ci a présenté une demande reconventionnelle pour recouvrer une somme qu'elle aurait payée en droits de pilotage à l'Administration par suite d'une erreur de droit de part et d'autre et sous contrainte. Toutefois, la principale question litigieuse découle de la première action qui repose sur la portée des pouvoirs que la *Loi sur le pilotage* accorde à l'Administration de pilotage du Pacifique. En un mot, il faut déterminer si faire reposer la demande d'exemption ou de dispense sur le pavillon d'un navire peut à bon droit être considéré comme une question de sécurité ou une question y reliée, dans la réalisation des objets de l'Administration en vertu de l'art. 12 de la Loi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le Règlement n'est pas invalide à cause d'un conflit d'intérêts puisque les pilotes sont membres de l'Administration et ont en même temps des liens avec la British Columbia Coast Pilots Ltd., et à cause de l'interaction de la politique de la Guilde de la marine marchande du Canada. De plus, il n'y a aucune partialité ni crainte raisonnable de partialité fondée sur ces éléments, ce qui pourrait constituer un motif justifiant l'annulation du Règlement. L'Administration est responsable à la fois de l'exploitation et de la réglementation. Une fois admis que les nominations sont valides, il serait difficile de nier à l'Administration le pouvoir d'exercer son autorité réglementaire conformément à ce que prescrit la loi lors même qu'il en résulte un avantage pécuniaire. Cet avantage est immanent dans la Loi, sinon également dans le pouvoir de réglementation.

Quoiqu'il doive être conforme aux objets de la Loi, le pouvoir de réglementation de l'Autorité permet une interprétation libérale de «la sécurité de la navigation». Toutefois, les pouvoirs que confère le par. 14(1) de la Loi ne sont pas suffisamment larges pour englober la prescription du pavillon d'un navire comme exigence en

by fixing tonnage standards and by relating them to types of ships. If place of registry were important for safety or for pilotage regulation, a clear indication would have been made in the Act or in the regulation-making power.

The emphasis in the *Pacific Pilotage Regulations* was on continuing competency of pilotage certificate holders in carrying out their work in the designated areas. Relief through exemption or waiver related to competency of the master or deck watch officer of the ship. The ship registration add-on, limited for economic reasons to Canadian and United States registration to the exclusion of other equally reputable places of registry, could be classed among "cumulative restrictions enacted distributively" and therefore severable. Respondent, accordingly, was not entitled to retain the award of $3,594.04 for pilotage fees made by the Court of Appeal. The judgment of the Federal Court of Appeal dismissing the counterclaim was correct.

Re Ashby et al., [1934] O.R. 421, referred to; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, distinguished; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, referred to; *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1, applied.

APPEAL from a decision of the Federal Court of Appeal[1], varying the judgment of Gibson J. Appeal allowed.

Douglas Hogarth, Q.C., for the appellants.

Raynold Langlois and *Francine Côté*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal arises out of two actions brought in the Federal Court and tried together by Gibson J. In the first action the plaintiff, Alaska Trainship Corporation, now appellant, sought a declaration on various grounds of the invalidity of the *Pacific Pilotage Regulations* promulgated, upon the required approval of the Gov-

[1] [1980] 2 F.C. 54; (1979), 104 D.L.R. (3d) 364; (1979), 28 N.R. 451.

matière de sécurité. La portée du par. 14(1) se limite à la fixation de normes quant au port lourd que l'on rattache à des types de navires. Si le lieu d'immatriculation était important pour la sécurité ou la réglementation du pilotage, une indication claire aurait été faite dans la Loi ou dans le pouvoir de réglementation.

L'accent dans le *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique* est sur le maintien de la compétence des titulaires de certificat de pilotage dans l'exercice de leurs fonctions dans les zones désignées. L'exonération que constitue l'exemption ou la dispense est reliée à la compétence du capitaine ou de l'officier de quart à la passerelle du navire. L'exigence supplémentaire de l'immatriculation du navire, limitée pour des raisons économiques à l'immatriculation canadienne et américaine à l'exclusion d'autres lieux tout aussi reconnus d'immatriculation pourrait être classée parmi les «restrictions cumulatives édictées de façon distributive» et donc divisible. En conséquence, l'intimée n'est pas fondée à conserver le montant de $3,594.04 accordé au titre des droits de pilotage en Cour d'appel. C'est à bon droit que l'arrêt de la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande reconventionnelle.

Jurisprudence: *Re Ashby et al.*, [1934] O.R. 421; distinction faite avec l'arrêt: *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; arrêt mentionné: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; arrêt suivi: *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a modifié le jugement du juge Gibson. Pourvoi accueilli.

Douglas Hogarth, c.r., pour les appelants.

Raynold Langlois et *Francine Côté*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi découle de deux actions en Cour fédérale que le juge Gibson a entendues ensemble. Dans la première, la demanderesse Alaska Trainship Corporation, maintenant appelante, cherchait à obtenir en invoquant différents moyens une déclaration d'invalidité du *Règlement sur le pilotage dans la région du Paci-*

[1] [1980] 2 C.F. 54; (1979), 104 D.L.R. (3d) 364; (1979), 28 N.R. 451.

ernor in Council, on April 9, 1974, or, alternatively, of the invalidity of ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*) of those Regulations. In the second action, the respondent, the Pacific Pilotage Authority, sought to recover pilotage fees from the Alaska Trainship Corporation in the sum of $10,780.54. The latter counterclaimed to recover $74,246.66 as allegedly paid to the Authority for pilotage fees under a mutual mistake of law and under compulsion.

Gibson J. granted various declarations in his judgment in the first action but its main thrust was to declare s. 9(2)(*a*)(iii) of the Regulations *ultra vires* on a severed basis, as I will explain shortly. Although he took the same view of s. 10(1)(*a*), he found it unnecessary to include his partial condemnation in his formal judgment. He dismissed the Authority's claim in the second action and also dismissed the counterclaim.

On appeal, the Federal Court of Appeal, speaking through LeDain J., varied the judgment of Gibson J. in three respects. It held that (1) there could be no severance of ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*) of the Regulations and they must be held *ultra vires* in whole; (2) the various declarations in the formal judgment of Gibson J. should be deleted; and (3) the Authority was entitled to recover $3,594.04 on its claim for pilotage fees. The judgment of Gibson J. dismissing the appellant's counterclaim was affirmed.

The main issue in the appeal to this Court, by its leave, arises out of the first action. It has an extensive legislative history and a factual background which were fully, even minutely, examined both by Gibson J. and by LeDain J. and I am thus relieved from making more than a brief reference to this history and background of facts. Before turning to the main issue, I say no more at this point about the second action than that the judgment of LeDain J. on the counterclaim therein should stand. The recovery allowed the Authority

fique promulgué le 9 avril 1974 après avoir reçu l'approbation requise du gouverneur en conseil, ou, subsidiairement, une déclaration d'invalidité du sous-al. 9(2)*a*)(iii) et de l'al. 10(1)*a*) de ce Règlement. Dans la seconde, l'intimée, l'Administration de pilotage du Pacifique cherchait à recouvrer d'Alaska Trainship Corporation des droits de pilotage au montant de $10,780.54. Celle-ci a présenté une demande reconventionnelle pour recouvrer une somme de $74,246.66 qu'elle aurait payée en droits de pilotage à l'Administration par suite d'une erreur de droit de part et d'autre et sous contrainte.

Le juge Gibson a prononcé diverses déclarations dans son jugement sur la première action, dont l'effet principal a toutefois été de déclarer le sous-al. 9(2)*a*)(iii) du Règlement *ultra vires* en partie, comme je l'expliquerai plus loin. Bien qu'il ait été du même avis quant à l'al. 10(1)*a*), le juge Gibson a estimé inutile d'en inclure l'annulation dans son dispositif de jugement. Il a rejeté la réclamation de l'Administration dans la seconde action et a également rejeté la demande reconventionnelle.

En appel, le juge LeDain, qui parlait au nom de la Cour d'appel fédérale, a modifié le jugement du juge Gibson à trois égards. Il a conclu que (1) on ne pouvait diviser le sous-al. 9(2)*a*)(iii) et l'al. 10(1)*a*) du Règlement et qu'ils devaient être déclarés *ultra vires* en totalité; (2) les diverses déclarations de la minute du jugement du juge Gibson devraient être supprimées; et (3) l'Administration était fondée à recouvrer $3,594.04 de sa réclamation pour droits de pilotage. Le jugement du juge Gibson rejetant la demande reconventionnelle de l'appelante a été confirmé.

La principale question litigieuse soumise à cette Cour, sur son autorisation, découle de la première action. Elle a un long historique législatif et des antécédents factuels que tant le juge Gibson que le juge LeDain ont examinés complètement, même minutieusement; je peux donc me limiter à brosser un bref tableau historique et factuel. Avant de passer à la question principale, je me contenterai de dire à ce stade-ci au sujet de la seconde action que l'arrêt du juge LeDain sur la demande reconventionnelle doit être confirmé. Le bien-fondé du

on its claim for pilotage fees, being for the period from April 10, 1974 to April 30, 1974, depends on whether LeDain J. was correct in invalidating ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*) of the Regulations, and I shall come to that later in these reasons.

Turning then to the focus of this appeal, it turns on the scope of the Pacific Pilotage Authority's powers under the *Pilotage Act*, 1971 (Can.), c. 52, which came into force on February 1, 1972, to enact the *Pacific Pilotage Regulations*. The *Pilotage Act* was a response to the report of a Royal Commission on Pilotage appointed in 1962 and which reported in 1968. The Act created four regional pilotage authorities, one being the Pacific Pilotage Authority and the others being the Atlantic Pilotage Authority, the Laurentian Pilotage Authority and the Great Lakes Pilotage Authority. The region for the Pacific Pilotage Authority is described in the Schedule to the Act as "all Canadian waters in and around the Province of British Columbia". Under s. 24 of the Act, each authority is deemed, for the purpose of the *Financial Administration Act* to be a corporation specified in Schedule D thereof, that is a Crown Corporation of a commercial character. Members of an Authority are Order in Council appointees for a maximum term of ten years.

What the *Pilotage Act* did was to provide for the establishment by an Authority of compulsory pilotage areas in its region of operation, replacing a system which prevailed under the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9, a system that prescribed pilotage fees or dues, whether or not a ship required a pilot, and also provided for exemptions from such compulsory payments for certain classes of ships. Some of the exemption categories related to a ship's country of registration.

The *Pilotage Act* also provided for the issue of licences or pilotage certificates to applicants, being Canadian citizens or landed immigrants, and it

recouvrement accordé à l'Administration sur sa réclamation pour droits de pilotage, couvrant la période du 10 avril 1974 au 30 avril 1974, repose sur la question de savoir si le juge LeDain a eu raison d'annuler le sous-al. 9(2)*a*)(iii) et l'al. 10(1)*a*) du Règlement, question à laquelle je reviendrai plus loin dans ces motifs.

Le point principal de ce pourvoi repose sur la portée des pouvoirs que la *Loi sur le pilotage*, 1971 (Can.), chap. 52, entrée en vigueur le 1er février 1972, accorde à l'Administration de pilotage du Pacifique d'édicter le *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique*. La *Loi sur le pilotage* a été adoptée à la suite du rapport d'une Commission royale d'enquête sur le pilotage créée en 1962 qui a soumis son rapport en 1968. La Loi crée quatre administrations régionales de pilotage, dont l'une est l'Administration de pilotage du Pacifique et les autres l'Administration de pilotage de l'Atlantique, l'Administration de pilotage des Laurentides et l'Administration de pilotage des Grands Lacs. La région où l'Administration de pilotage du Pacifique exerce ses fonctions est décrite à l'annexe de la Loi comme «toutes les eaux canadiennes sises dans la province de Colombie-Britannique et eaux limitrophes». En vertu de l'art. 24 de la Loi, chaque administration est censée, aux fins de la *Loi sur l'administration financière*, être une corporation spécifiée à l'annexe D de cette loi, c'est-à-dire une société de la Couronne de nature commerciale. Les membres d'une administration sont nommés par décret pour un maximum de dix ans.

La *Loi sur le pilotage* prévoit l'établissement par une administration de zones de pilotage obligatoire dans la région où elle exerce son activité, remplaçant ainsi le système qui avait prévalu en vertu de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, chap. S-9, système qui prescrivait des droits de pilotage, qu'un navire ait ou non eu besoin d'un pilote, et qui prévoyait des exemptions de paiements pour certaines catégories de navires. Certaines des catégories d'exemption avaient trait au pays d'immatriculation du navire.

La *Loi sur le pilotage* prévoit également la délivrance de brevets ou de certificats de pilotage à des requérants, citoyens canadiens ou immigrants

contains detailed provisions for monitoring the continuing competency of licensees and certificate holders. Section 16(1) of the Act reads:

16. (1) Except as provided in the regulations, no person shall have the conduct of a ship within a compulsory pilotage area unless he is a licensed pilot or a regular member of the complement of the ship who is the holder of a pilotage certificate for that area.

Certain regulation-making authority touching licensees and pilot certificate holders are vested in the Governor in Council under s. 42 of the Act but the overall authority to prescribe the qualifications for a licence or pilot certificate was vested in an Authority through the making of regulations, and I come now to deal with the regulation-making power of an Authority.

When the Pacific Pilotage Authority considered the promulgation of the Regulations which are in issue here, it gave notice on January 2, 1973, in the *Canada Gazette* pursuant to s. 14(3). This provision only requires the notice in respect of regulations made under s. 14(1)(*a*) and (*f*) of the Act. Neither of these subparagraphs are, as such, involved here but I mention the matter because the appellant appeared to found some of his submissions on the view that the notice in the *Canada Gazette* was required in respect of all regulations made under the powers conferred by s. 14.

Section 14 is in the following terms:

14. (1) An authority may, with the approval of the Governor in Council, make regulations necessary for the attainment of its objects, including, without restricting the generality of the foregoing regulations

(*a*) establishing compulsory pilotage areas;

(*b*) prescribing the ships or classes of ships that are subject to compulsory pilotage;

(*c*) prescribing the circumstances under which compulsory pilotage may be waived;

(*d*) prescribing the notice, if any, to be given by a ship of its estimated time of arrival in a compulsory pilotage area or its estimated time of departure from a place in a compulsory pilotage area and the manner of giving such notice;

reçus, et elle contient des dispositions détaillées relatives à la surveillance du maintien de la compétence des titulaires de brevets et de certificats. Le paragraphe 16(1) de la Loi se lit comme suit:

16. (1) Sauf dispositions contraires des règlements généraux, nul n'assurera la conduite d'un navire à l'intérieur d'une zone de pilotage obligatoire s'il n'est un pilote breveté ou un membre régulier de l'effectif du navire qui est titulaire d'un certificat de pilotage pour cette zone.

Certains pouvoirs de réglementation concernant les titulaires de brevets et de certificats de pilote sont conférés au gouverneur en conseil en vertu de l'art. 42 de la Loi, mais le pouvoir général de définir les qualités requises pour devenir titulaire d'un brevet ou d'un certificat de pilote est conféré à une administration à titre de pouvoir de réglementation, question dont j'aborde maintenant l'examen.

Lorsque l'Administration de pilotage du Pacifique a envisagé la promulgation du Règlement en litige, elle a, conformément au par. 14(3), donné avis dans la *Gazette du Canada* le 2 janvier 1973. Ce paragraphe exige un avis seulement pour les règlements établis sous le régime des al. 14(1)*a*) et *f*) de la Loi. Ni l'un ni l'autre de ces alinéas n'est, en tant que tel, en cause ici, mais je le mentionne parce que l'appelante a paru fonder certaines de ses allégations sur l'opinion que l'avis dans la *Gazette du Canada* était requis pour tous les règlements établis en vertu des pouvoirs que confère l'art. 14.

Voici le texte de l'art. 14:

14. (1) Une Administration peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir les règlements généraux nécessaires pour atteindre ses objets notamment, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède, des règlements généraux

a) établissant des zones de pilotage obligatoire;

b) prescrivant les navires ou catégories de navires assujettis au pilotage obligatoire;

c) prescrivant les circonstances dans lesquelles il peut y avoir dispense du pilotage obligatoire;

d) prescrivant, le cas échéant, le préavis que doit donner un navire de son heure d'arrivée prévue dans une zone de pilotage obligatoire ou de son heure de départ prévue d'un endroit situé dans une zone de pilotage obligatoire, et la façon de donner ce préavis;

(*e*) prescribing classes of licences and classes of pilotage certificates that may be issued;

(*f*) prescribing the qualifications that a holder of any class of licence or any class of pilotage certificate shall meet, including the degree of local knowledge, skill, experience and proficiency in one or both of the official languages of Canada required in addition to the minimum qualifications prescribed by the Governor in Council under section 42;

(*g*) prescribing the manner for determining whether

(i) a person who applies for a licence or pilotage certificate, or

(ii) a licensed pilot or holder of a pilotage certificate

meets the qualifications prescribed under paragraph (*f*) for the class of licence or pilotage certificate that he holds or for the issue of which he has applied, as the case may be;

(*h*) prescribing the manner of issuing licences and pilotage certificates;

(*i*) setting the time and fixing the fee for any examination relating to the issue of a licence or pilotage certificate and the fee for issuing a licence or pilotage certificate;

(*j*) limiting the number of licences that may be issued for any compulsory pilotage area;

(*k*) prescribing the conditions, in addition to the requirement of subsection (1) of section 16, under which a ship shall have a licensed pilot or holder of a pilotage certificate on board;

(*l*) prescribing the minimum number of licensed pilots or holders of pilotage certificates that shall be on board ship at any time; and

(*m*) prescribing the circumstances under which a licensed pilot or holder of a pilotage certificate shall be required to take further training to enable him to meet any new qualifications prescribed under paragraph (*f*) since his licence or pilotage certificate was issued.

(2) Where Canadian waters are contiguous with waters of the United States, an Authority may, with the approval of the Governor in Council, make regulations setting out the terms and conditions under which

(*a*) a pilot, or other person, authorized to have the conduct of a ship by an appropriate authority of the United States may pilot in Canadian waters; and

(*b*) a licensed pilot or holder of a pilotage certificate may have the conduct of a ship in waters of the United States.

e) prescrivant les catégories de brevets et certificats de pilotage qui peuvent être attribués;

f) prescrivant les conditions que le titulaire d'un brevet ou d'un certificat de pilotage d'une catégorie quelconque doit remplir, notamment le niveau de connaissance des lieux, de compétence, d'expérience et de connaissance de l'une des langues officielles du Canada, ou les deux, requis en sus des conditions minimales prescrites par le gouverneur en conseil aux termes de l'article 42;

g) prescrivant la façon de déterminer

(i) si une personne qui demande un brevet ou un certificat de pilotage, ou

(ii) si un pilote breveté ou un titulaire de certificat de pilotage

remplit les conditions prescrites en vertu de l'alinéa *f*) pour la catégorie du brevet ou certificat de pilotage dont il est titulaire ou dont il a demandé l'attribution, selon le cas;

h) prescrivant la façon d'attribuer les brevets et certificats de pilotage;

i) arrêtant la date et fixant le droit d'examen à payer par les candidats à un brevet ou un certificat de pilotage et le droit à payer pour l'attribution d'un tel brevet ou certificat;

j) limitant le nombre des brevets qui peuvent être attribués pour une zone de pilotage obligatoire;

k) prescrivant, en sus de l'exigence prévue au paragraphe (1) de l'article 16, les circonstances dans lesquelles un navire doit avoir à son bord un pilote breveté ou un titulaire de certificat de pilotage;

l) prescrivant le nombre minimal de pilotes brevetés ou de titulaires de certificats de pilotage qui doivent être à bord d'un navire à un moment quelconque; et

m) prescrivant les circonstances dans lesquelles un pilote breveté ou un titulaire de certificat de pilotage sera tenu d'acquérir une formation complémentaire afin de pouvoir remplir toutes conditions nouvelles prescrites en vertu de l'alinéa *f*) depuis l'attribution de son brevet ou de son certificat de pilotage.

(2) Lorsque les eaux canadiennes sont limitrophes des eaux des États-Unis une Administration peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règlements généraux indiquant les modalités selon lesquelles

a) un pilote ou une autre personne autorisés par une administration appropriée des États-Unis à assurer la conduite d'un navire peuvent piloter en eaux canadiennes; et

b) un pilote breveté ou le titulaire d'un certificat de pilotage peut assurer la conduite d'un navire dans les eaux des États-Unis.

(3) Before making a regulation under paragraph (*a*) or (*f*) of subsection (1) an Authority shall publish a copy of the proposed regulation in the *Canada Gazette* and no such regulation shall be made by the Authority

(*a*) before the expiration of thirty days from the date of publication of the proposed regulation; or

(*b*) where a notice of objection is filed pursuant to subsection (4), before the objection is heard and an order is made by the Minister pursuant to subsection (7).

(4) Any person who has reason to believe that a regulation that an Authority proposes to make under paragraph (*a*) or (*f*) of subsection (1) is not in the public interest may file a notice of objection setting out the grounds therefor with the Minister within thirty days following publication of the proposed regulation in the *Canada Gazette*.

(5) Where a notice of objection is filed pursuant to subsection (4), the Minister shall appoint a person to make such investigation of the proposed regulation, including the holding of public hearings, as in his opinion is necessary or desirable in the public interest.

(6) A person appointed under subsection (5) shall have all the powers of a commissioner under Part I of the *Inquiries Act*.

(7) On completion of a hearing under this section the person holding the hearing shall send a report to the Minister and the Minister may, by order, approve, amend or disapprove the proposed regulation either in accordance with the report or otherwise and the Authority shall make the regulation accordingly.

It is obvious from the opening words of s. 14(1) that the regulation-making power of an Authority is circumscribed by the requirement that the regulations must be in pursuance of or in conformity with its objects. Those objects are specified in s. 12 of the Act in the following terms:

12. The objects of an Authority are to establish, operate, maintain and administer in the interests of safety an efficient pilotage service within the region set out in respect of the Authority in the Schedule.

I would emphasize that s. 14(1) speaks of "regulations necessary for the attainment of its objects". The fact that these words are followed by the words "including, without restricting the generality of the foregoing", does not, in my opinion,

(3) Avant d'établir un règlement général en vertu des alinéas *a*) ou *f*) du paragraphe (1), une Administration doit publier dans la *Gazette du Canada* une copie du projet de règlement, mais un tel règlement ne peut être établi par l'Administration

a) avant l'expiration d'un délai de trente jours à partir de la date de publication du projet de règlement; ou,

b) lorsqu'un avis d'opposition est fourni en application du paragraphe (4), avant que l'opposition ne soit entendue et qu'un arrêté ne soit pris par le Ministre en application du paragraphe (7).

(4) Toute personne qui a des raisons de croire qu'un règlement général qu'une Administration se propose d'établir en vertu des alinéas *a*) ou *f*) du paragraphe (1) n'est pas dans l'intérêt public peut fournir au Ministre, dans les trente jours qui suivent la publication du projet de règlement dans la *Gazette du Canada*, un avis d'opposition énonçant les motifs de l'opposition.

(5) Lorsqu'un avis d'opposition est fourni en application du paragraphe (4), le Ministre doit nommer une personne pour faire, relativement au projet de règlement général, l'enquête qu'il estime nécessaire ou souhaitable dans l'intérêt public et notamment en tenant des audiences.

(6) Une personne nommée en vertu du paragraphe (5) a tous les pouvoirs conférés à un commissaire par la Partie I de la *Loi sur les enquêtes*.

(7) A l'issue des audiences prévues par le présent article, la personne chargée de les tenir doit envoyer un rapport au Ministre qui peut, par arrêté, approuver, modifier ou rejeter le projet de règlement général, soit en conformité du rapport, soit autrement, et l'Administration doit établir le règlement général en conséquence.

Il ressort des premiers mots du par. 14(1) que le pouvoir de réglementation d'une administration est limité par l'exigence que les règlements doivent être établis dans la poursuite de ses objets ou en conformité avec eux. Ces objets sont énumérés à l'art. 12 de la Loi dans les termes suivants:

12. Une Administration a pour objets d'établir, de faire fonctionner, d'entretenir et de gérer, pour la sécurité de la navigation, un service de pilotage efficace dans la région indiquée dans l'annexe en ce qui concerne cette Administration.

Je désire souligner que le par. 14(1) parle de «règlements généraux nécessaires pour atteindre ses objets». Que ces mots soient suivis des mots «notamment, et sans restreindre la portée générale de ce qui précède», n'a pas pour effet, à mon avis,

enlarge the regulation-making powers although it would command a liberal construction of the dominating consideration "in the interests of safety" specified in s. 12. The regulation-making authority under s. 14 is concerned fairly exclusively with the establishment of pilotage areas and with licences and pilotage certificates and is thus closely connected with safety of a pilotage service.

The *Pacific Pilotage Regulations* promulgated under the powers conferred by s. 14, and now found in C.R.C., c. 1270, establish five compulsory pilotage areas (s. 3) and then deal with the required qualifications of holders of a licence or a pilotage certificate (ss. 4 to 8), with ships subject to compulsory pilotage and exemptions (s. 9), with waiver of compulsory pilotage (s. 10), with pilot boarding stations (s. 11), with notices to obtain pilots (ss. 12 and 13), with classes of licences and required endorsements thereon (s. 17), with pilotage certificates and required endorsements thereon (s. 18), with applications for licences and pilotage certificates (s. 19), with further training requirements and examinations (ss. 20 to 24), with apprenticeship (ss. 25 to 28) and, finally, with required accident reports where a licensed pilot or pilotage certificate holder is involved in the casualty (s. 29). For present purposes, it is sufficient to set out in full the provisions of ss. 9 and 10 of the Regulations, these being the two sections (enacted pursuant to s. 14(1)(*b*) and (*c*) respectively) immediately involved in this case. They are as follows:

9. (1) Subject to subsection (2), every ship that is

(*a*) over 350 gross tons,

(*b*) a tug, where the combined tonnage of that tug and its tow exceeds 350 gross tons, or

(*c*) a pleasure yacht of over 250 gross tons is subject to compulsory pilotage.

(2) Subsection (1) does not apply to a ship that is

(*a*) registered in Canada and is

(i) owned by Her Majesty in right of Canada and is not engaged in commercial trade,

(ii) employed in the fishing trade, or

(iii) employed in voyages in the region or between any place in the region and any place on the West

d'accorder des pouvoirs de réglementation plus larges, quoique cela puisse commander une interprétation libérale du facteur dominant, «la sécurité de la navigation», énoncé à l'art. 12. Le pouvoir de réglementation attribué à l'art. 14 porte presque exclusivement sur l'établissement de zones de pilotage et sur les brevets et certificats de pilotage et il est donc intimement relié à la sécurité d'un service de pilotage.

Le *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique* adopté en vertu des pouvoirs que confère l'art. 14, publié maintenant au C.R.C., chap. 1270, établit cinq zones de pilotage obligatoire (art. 3) puis traite des qualités requises des titulaires de brevet ou de certificat de pilotage (art. 4 à 8), des navires assujettis au pilotage obligatoire et des exemptions (art. 9), des dispenses de pilotage obligatoire (art. 10), des stations d'embarquement de pilotes (art. 11), des avis pour obtenir les services de pilotes (art. 12 et 13), des classes de brevets et des inscriptions qu'ils doivent porter (art. 17), des certificats de pilotage et des inscriptions qu'ils doivent porter (art. 18), des demandes de brevets ou de certificats de pilotage (art. 19), des exigences relatives à la formation complémentaire et des examens (art. 20 à 24), de l'apprentissage (art. 25 à 28) et, enfin des comptes rendus d'accident que tout pilote breveté ou titulaire d'un certificat de pilotage impliqué dans un sinistre maritime doit présenter (art. 29). Aux fins de l'espèce, il suffit de reproduire au complet les art. 9 et 10 du Règlement, soit les deux articles (édictés en application des al. 14(1)*b*) et *c*)) directement en cause ici. En voici le texte:

9. (1) Sous réserve du paragraphe (2),

a) tout navire d'une jauge brute supérieure à 350 tonneaux,

b) tout remorqueur dont la jauge brute et ajoutée à celle du remorqué est supérieure à 350 tonneaux, ou

c) tout yacht d'une jauge brute supérieure à 250 tonneaux, est assujetti au pilotage obligatoire.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux navires

a) immatriculés au Canada

(i) qui appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada et non employés à des fins commerciales,

(ii) qui sont affectés à la pêche commerciale, ou

(iii) qui font des voyages dans la région ou entre tout endroit dans la région et tout endroit sur la

Coast of the United States not south of San Francisco and not west of Cook Inlet in Alaska, if the master or deck watch officer of that ship holds a certificate of competency of the proper grade and class issued by the Minister of Transport or recognized by him for the purpose of subsection 130(1) of the *Canada Shipping Act* and the master or deck watch officer has been regularly employed as such on a ship employed in voyages between the places described in this subparagraph during the eighteen months prior to the date that the ship is being considered for exemption under this subsection; or

(*b*) registered in the United States and employed in the fishing trade.

(3) The master or deck watch officer referred to in subparagraph (2)(*a*)(iii) shall, if required by the Authority, produce evidence satisfactory to the Authority that he is a master or deck watch officer as described in that subparagraph.

10. (1) The Authority may, on application therefor, waive compulsory pilotage in respect of a ship where

(*a*) the ship is registered in the United States and employed in the coastal trade, and the master or deck watch officer thereof is duly licensed as such for that ship and has been regularly employed as such on a ship in the coastal trade during the eighteen months prior to the date that the ship is being considered for the waiver under this section;

. . .

(*c*) the master, owner or agent thereof has complied with the sections 12 and 13 and no licensed pilot is available to perform pilotage duties on that ship; or

(*d*) the ship is in distress or engaged in rescue or salvage operations.

(2) Compulsory pilotage is waived in respect of a ship that is

(*a*) entering a compulsory pilotage area for the purpose of embarking a licensed pilot, until the ship reaches the place arranged for embarkation; or

(*b*) departing from a compulsory pilotage area after it has disembarked a licensed pilot in the course of its departure.

(3) The master or deck watch officer referred to in paragraph (1)(*a*) shall, if required by the Authority, produce evidence satisfactory to the Authority that he is

côte ouest de [*sic*] États-Unis non au sud de San Francisco ni à l'ouest de Cook Inlet en Alaska, si le capitaine ou l'officier de quart à la passerelle de ces navires est titulaire d'un certificat de capacité de la catégorie et de la classe appropriées, attribué par le ministre des Transports ou reconnu par lui aux fins du paragraphe 130(1) de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et a été régulièrement employé, en qualité de capitaine ou d'officier de quart à la passerelle à bord d'un navire faisant des voyages entre les endroits décrits dans le présent sous-alinéa, durant les 18 mois qui ont précédé la date à laquelle le navire a fait l'objet d'une demande d'exemption conformément aux dispositions du présent paragraphe; ou

b) immatriculés aux États-Unis et qui sont affectés à la pêche commerciale.

(3) Le capitaine ou l'officier de quart à la passerelle dont il est question au sous-alinéa (2)*a*)(iii) doit, si l'Administration l'exige, lui fournir une preuve qu'elle juge suffisante, établissant qu'il est un capitaine ou un officier de quart à la passerelle aux termes de ce sous-alinéa.

10. (1) L'Administration peut, sur demande, dispenser du pilotage obligatoire un navire

a) qui est immatriculé aux États-Unis et affecté au cabotage et dont le capitaine ou l'officier de quart à la passerelle est dûment breveté pour ce navire et a été régulièrement employé en qualité de capitaine ou d'officier de quart à la passerelle d'un navire faisant du cabotage durant les 18 mois qui ont précédé la date à laquelle on étudie la question d'accorder au navire la dispense prévue au présent article;

. . .

c) dont le capitaine, le propriétaire ou l'agent a observé les dispositions des articles 12 et 13 et pour lequel aucun pilote breveté n'est disponible pour remplir les fonctions de pilote à son bord; ou

d) qui est en détresse ou qui effectue des opérations de secours ou de sauvetage.

(2) Une dispense de pilotage obligatoire est accordée à tout navire

a) qui entre dans une zone de pilotage obligatoire en vue d'y embarquer un pilote breveté, et y navigue jusqu'au point d'embarquement prévu; ou

b) qui quitte une zone de pilotage après le débarquement d'un pilote breveté.

(3) Le capitaine ou l'officier de quart à la passerelle dont il est question à l'alinéa (1)*a*) doit, si l'Administration l'exige, lui fournir une preuve qu'elle juge suffi-

a master or deck watch officer as described in that paragraph.

(4) An application for a waiver of compulsory pilotage may be made verbally or, when required by the Authority, shall be made in writing.

I may add that there are also two sets of Regulations governing the pilotage charges payable to the Pacific Pilotage Authority, namely, the *Pacific Pilotage Coastal Tariff Regulations* and the *Pacific Pilotage Fraser River Tariff Regulations*, but they are not directly involved in this appeal.

I come now to consider the position of the *S.S. Alaska*, a ship of foreign construction, some 520 feet long and with a 5,598 gross tonnage. The ship is owned by a United States firm the appellant, is operated by Pacific Maritime Agencies Ltd. of New Westminster and is of Liberian registry. For some fifteen years, the ship has been making weekly voyages between New Westminster and Wittier (Alaska), transporting railway cars. The masters of the vessel have been United States citizens but the crew, and certainly the deck watch officers, have been Canadians or landed immigrants. There was little doubt on the record that the deck watch officers had the qualifications for licences or pilotage certificates but for reasons narrated in some detail by LeDain J. they have not applied for them. Substantially, this was the result of a policy of the Canadian Merchant Service Guild of which they are members. This policy was, in turn, the reflection of an arrangement between the Guild and the British Columbia Coast Pilots Ltd., a pilot-owned corporation, with which the Pacific Pilotage Authority entered into a contract for the supply of pilotage services, as expressly permitted by s. 9(2) of the *Pilotage Act*.

Prior to the introduction of the *Pacific Pilotage Regulations*, the Authority held hearings at which representations were made on behalf of the *S.S. Alaska* for exemption or waiver from compulsory pilotage or for an opportunity for its deck watch officers to obtain licences or pilotage certificates.

sante, établissant qu'il est un capitaine ou un officier de quart à la passerelle aux termes de cet alinéa.

(4) Une demande de dispense de pilotage obligatoire peut être faite verbalement, mais elle doit être faite par écrit lorsque l'Administration l'exige.

J'ajoute qu'il y a deux autres Règlements concernant les droits de pilotage payables à l'Administration de pilotage du Pacifique, savoir, le *Règlement sur les tarifs de pilotage côtier de l'Administration de pilotage du Pacifique*, et le *Règlement sur les tarifs de pilotage du Pacifique (fleuve Fraser)*, mais ils ne sont pas directement en cause ici.

Je passe maintenant à la situation du *S.S. Alaska*, un navire de quelque 520 pieds de long et de 5,598 tonneaux, construit à l'étranger. Il appartient à une société américaine, l'appelante, il est exploité par Pacific Maritime Agencies Ltd. de New Westminster et il bat pavillon libérien. Depuis quelque quinze ans, le navire effectue des voyages hebdomadaires entre New Westminster et Wittier (Alaska), transportant des wagons de chemin de fer. Les capitaines du navire sont citoyens américains, mais l'équipage, et sûrement les officiers de quart à la passerelle sont citoyens canadiens ou immigrants reçus. Il n'est pas vraiment douteux d'après le dossier que les officiers de quart à la passerelle ont la compétence professionnelle voulue pour obtenir un brevet ou un certificat de pilotage mais, pour des raisons que le juge LeDain expose de façon assez détaillée, ils n'en ont pas fait la demande. C'est surtout à cause d'une politique de la Guilde de la marine marchande du Canada dont ils sont membres. Cette politique découle, quant à elle, d'une entente intervenue entre la Guilde et la British Columbia Coast Pilots Ltd., une compagnie appartenant à des pilotes, avec laquelle l'Administration de pilotage du Pacifique a conclu un contrat pour la fourniture de services de pilotage, comme le permet expressément le par. 9(2) de la *Loi sur le pilotage*.

Avant l'adoption du *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique*, l'Administration a tenu des audiences au cours desquelles on a demandé pour le compte du *S.S. Alaska* une exemption ou une dispense de pilotage obligatoire ou la possibilité que ses officiers de quart à la

Hearings were held on two occasions in 1973 but without a result that would accommodate the *S.S. Alaska*. Although the Authority had given notice in the *Canada Gazette* prior to these hearings of proposed pilotage regulations, it gave a further notice, after these hearings, in accordance with the requirements of s. 14(3), already mentioned, requirements which touched only regulations proposed to be made under s. 14(1)(*a*) and (*f*) of the Act. Notice of objection was filed on behalf of the *S.S. Alaska*, pursuant to s. 14(4) and the Minister, in accordance with s. 14(5), appointed Mr. J.J. Mahoney, Q.C., to enquire into the objection. The latter held hearings and reported on January 2, 1974. It appears to me (and this was a point taken by counsel for the respondent Authority) that the inquiry and the report went beyond the limits of objection to regulations proposed under s. 14(1)(*a*) and (*f*). He dealt with the proposed exemption from what was otherwise required by a regulation proposed to be made under s. 14(1)(*b*) and, in the words of LeDain J., "Mr. Mahoney expressed the view that exemption was properly confined to ships of Canadian registration and that waiver was more appropriate for a vessel in the position of *S.S. Alaska*". Again, in the words of LeDain J., "he expressed the opinion that the proper solution to the problem of the *S.S. Alaska* would be the issue of pilotage certificates to its deck watch officers, but that this was not a practical alternative because of the strong opposition to pilotage certificates [by the British Columbia Coast Pilots Ltd. and by the Canadian Merchant Service Guild]". In the end result, the *Pacific Pilotage Regulations* were promulgated and approved on April 9, 1974, there being a need (in the view of the Government) to have regulations in force in the region because the pre-existing regulations respecting compulsory pilotage dues or fees ceased to be in effect after February 1, 1974.

I have referred, albeit briefly, to the hearings which preceded the Regulations and to the Mahoney report only because counsel for the appellant dwelt on them and on related matters.

passerelle obtiennent des brevets ou des certificats de pilotage. Des audiences ont eu lieu à deux reprises en 1973 mais sans résultat qui satisfasse le *S.S. Alaska*. Bien que l'Administration ait publié le projet de règlement sur le pilotage dans la *Gazette du Canada* avant ces audiences, elle a procédé à une autre publication après conformément au par. 14(3) déjà cité; cette exigence ne vise que les projets de règlement sous le régime des al. 14(1)*a*) et *f*) de la Loi. Un avis d'opposition a été produit pour le compte du *S.S. Alaska*, conformément au par. 14(4) et, conformément au par. 14(5), le Ministre a nommé M^e^ J.J. Mahoney, c.r., pour faire enquête sur l'opposition. Celui-ci a tenu des audiences et a fait un rapport le 2 janvier 1974. A mon avis, l'enquête et le rapport (et c'est un point soulevé par l'avocat de l'Administration intimée) ont excédé les limites de l'opposition au projet de règlement établi en vertu des al. 14(1)*a*) et *f*). L'enquêteur a examiné le projet d'exemption de ce qui était par ailleurs exigé par un projet de règlement devant être établi en vertu de l'al. 14(1)*b*) et, pour reprendre les mots du juge LeDain «M^e^ Mahoney s'est dit d'avis que l'exemption était à bon droit réservée aux navires immatriculés au Canada et que la dispense convenait davantage pour un navire dans la situation du *S.S. Alaska*». Encore une fois, pour reprendre les mots du juge LeDain, «il a exprimé l'avis que la meilleure solution au problème du *S.S. Alaska* consisterait à délivrer des certificats de pilotage à ses officiers de quart à la passerelle, mais que cette solution ne s'avérerait guère pratique en raison de la puissante opposition aux certificats de pilotage [de la British Columbia Coast Pilots Ltd. et par la Guilde de la marine marchande du Canada]». Finalement, le *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique* a été adopté et approuvé le 9 avril 1974, étant donné la nécessité (de l'avis du gouvernement) que des règlements soient en vigueur dans la région parce que les règlements antérieurs concernant les droits de pilotage obligatoire n'étaient plus en vigueur depuis le 1^er^ février 1974.

J'ai parlé, quoique brièvement, des audiences qui ont précédé l'adoption du Règlement et du rapport Mahoney seulement parce que l'avocat de l'appelante s'est arrêté à ces points de même qu'à

He contended that the Regulations were invalid because of a conflict of interest, so far as pilots were members of the Authority and also had an association with the British Columbia Coast Pilots Ltd. and because of the interaction with the policy of the Canadian Merchant Service Guild. A second contention, based on these factors, was a reasonable apprehension of or the existence of bias which was said to be also a ground for declaring the Regulations to be invalid. Although bad faith was also alleged, it was dropped in the argument in this Court.

Counsel for the appellant did not contend that the Pacific Pilotage Authority lost its power to make regulations because pilots, as interested persons, were members thereof. He accepted the proposition expressed in *Re Ashby et al.*[2], at p. 431, that "the fact that all members of the Board are optometrists engaged in the same profession as the appellants is fully answered by the fact that these men were appointed by Order in Council passed in pursuance of the statute". However, it was his submission that the alleged disabling conflict of interest arose because of what went into the Regulations, having regard to their background which revealed a pecuniary interest in the pilots arising out of the contract for pilotage service between the Authority and the British Columbia Coast Pilots Ltd. and the enforcement of the policy of the Canadian Merchant Service Guild that its members would not apply for licences or pilotage certificates. In the view of counsel for the appellant, such a conflict of interest must be expressly permitted if it is to result in the promulgation of self-serving regulations.

Gibson J. had made a declaration in his formal judgment of the conflict of interest and also of the pecuniary motivation of the Pacific Pilotage Authority but it appears that these declarations, which were struck out in the judgment of the Federal Court of Appeal, merely shored up Gibson J.'s conclusion that the challenged two Regulations

[2] [1934] O. R. 421.

des questions connexes. Il a prétendu que le Règlement était invalide à cause d'un conflit d'intérêts, puisque des pilotes sont membres de l'Administration et ont en même temps des liens avec la British Columbia Coast Pilots Ltd., et à cause de l'interaction de la politique de la Guilde de la marine marchande du Canada. Il a également prétendu, se fondant sur ces éléments, qu'il y avait partialité ou crainte raisonnable de partialité ce qui constituerait également un motif justifiant l'annulation du Règlement. La mauvaise foi a également été alléguée, mais cet argument n'a pas été plaidé devant cette Cour.

L'avocat de l'appelante n'a pas prétendu que l'Administration de pilotage du Pacifique a perdu son pouvoir d'établir des règlements parce qu'elle compte parmi ses membres des pilotes qui sont des personnes intéressées. Il a accepté la proposition que l'on trouve dans *Re Ashby et al.*[2], à la p. 431, que [TRADUCTION] «la réponse péremptoire à l'argument que tous les membres du Conseil sont des optométristes œuvrant dans la même profession que les appelants, est que ces hommes sont nommés par décret adopté en application de la loi». Cependant, il a prétendu qu'il y aurait conflit d'intérêts de nature à leur enlever la capacité d'agir à cause du contenu du Règlement, vu l'intérêt pécuniaire sous-jacent des pilotes imputable au contrat de services de pilotage intervenu entre l'Administration et la British Columbia Coast Pilots Ltd. et de la mise en application de la politique de la Guilde de la marine marchande du Canada suivant laquelle ses membres ne doivent pas faire de demande de brevets ou de certificats de pilotage. De l'avis de l'avocat de l'appelante, un tel conflit d'intérêts doit être expressément autorisé s'il doit avoir pour résultat la promulgation d'un règlement qui sert des intérêts personnels.

Dans son dispositif de jugement, le juge Gibson a conclu à l'existence du conflit d'intérêts et de la motivation pécuniaire de l'Administration de pilotage du Pacifique, mais ces déclarations, retranchées par l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, ont simplement servi à étayer sa conclusion que les deux articles contestés du Règlement n'ont pas été

[2] [1934] O.R. 421.

were not passed to promote safety, as required by the objects of the Authority.

As LeDain J. pointed out in his reasons, the Pacific Pilotage Authority has both an operating and a regulatory function. Once the appointments to it are conceded to be validly made (and I should note they also include persons associated with shipping interests) and there is no contention of bad faith, I find it difficult to deny it the power to exercise its regulatory authority, in fact a legislative power, in accordance with the statutory prescriptions, even though there is a resulting pecuniary benefit. Such a benefit is immanent in the statute under s. 9(2), if not also in the regulation-making power.

The contention of bias or reasonable apprehension of bias does not find support in such cases as *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*[3] There the issue turned on the exercise of the National Energy Board's quasi-judicial power not its regulatory authority which is the case here. Counsel for the appellant sought to pitch his contention of reasonable apprehension of bias on the fact that through its hearings the Authority had in effect treated its proposed regulations as if they were connected with a quasi-judicial inquiry. In my opinion, LeDain J. has dealt effectively with this contention and I agree with his rejection of it. I should not, however, like it to be taken that in no circumstances can there be a challenge to the exercise of regulation-making power simply because appointments to membership in an Authority or some other like body do not as such give rise to disqualification.

This brings me to the ground upon which Gibson J. and LeDain J. pronounced upon the invalidity, severably by Gibson J. and inseverably by LeDain J., of ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*) of the Regulations. Failing acceptance of his other contentions, counsel for the appellant seeks restoration of the judgment by Gibson J. Counsel for

[3] [1978] 1 S.C.R. 369.

adoptés pour promouvoir la sécurité, comme l'exigent les objets de l'Administration.

Comme le juge LeDain l'a signalé dans ses motifs, l'Administration de pilotage du Pacifique est responsable à la fois de l'exploitation et de la réglementation. Une fois admis que les nominations des membres de l'Administration sont valides (et je dois noter que certains membres ont des intérêts dans le transport maritime) et qu'il n'y a pas d'allégation de mauvaise foi, j'estime difficile de nier à l'Administration le pouvoir d'exercer son autorité réglementaire, en fait un pouvoir législatif, conformément à ce que prescrit la loi, lors même qu'il en résulte un avantage pécuniaire. Cet avantage est immanent dans la loi en vertu du par. 9(2), sinon également dans le pouvoir de réglementation.

L'allégation de partialité ou de crainte raisonnable de partialité ne trouve aucun appui dans des arrêts comme *Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*[3]. Le litige dans cette affaire portait sur l'exercice du pouvoir quasi judiciaire de l'Office national de l'énergie, non pas sur son pouvoir de réglementation comme c'est le cas en l'espèce. L'avocat de l'appelante a cherché à fonder sa prétention de crainte raisonnable de partialité sur le fait qu'au cours de ses audiences, l'Administration avait effectivement considéré son projet de règlement comme s'il était rattaché à une enquête quasi judiciaire. A mon avis, le juge LeDain a très bien analysé cette prétention et je suis d'accord avec lui pour la rejeter. Je ne voudrais cependant pas que l'on croie que l'on ne puisse en aucun cas contester l'exercice du pouvoir de réglementation simplement parce que les nominations comme membre d'une Administration ou d'un autre organisme du même genre ne créent pas en soi une incapacité.

Cela m'amène au motif sur lequel les juges Gibson et LeDain se sont fondés pour prononcer l'invalidité partielle, selon le juge Gibson, et totale, selon le juge LeDain, du sous-al. 9(2)*a*)(iii) et de l'al. 10(1)*a*) du Règlement. En cas de refus de ses autres prétentions, l'avocat de l'appelante cherche à obtenir le rétablissement de la décision du juge

[3] [1978] 1 R.C.S. 369.

the respondent, however, supports the judgment of LeDain J. if he is unable to succeed in his contention that the Regulations, and especially ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*), are wholly *intra vires*.

The short question is whether conditioning the claim for exemption on a ship's flag, here registration in Canada, and similarly, the claim for waiver, here registration in the United States, can fairly be said to be a matter of or connected with safety in realization of the objects of the Authority under s. 12. It was, in effect, conceded that the *S.S. Alaska* could meet the other requirements in ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*) in respect of its master or deck watch officer in order to be relieved of compulsory pilotage.

Both Gibson J. and LeDain J. held that making the place of registry of a ship a condition of exemption from compulsory pilotage, at least in relation to ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*), was not relevant to safety. Gibson J. would have removed the words "registered in Canada" from each of the subparas. of s. 9(2)(*a*) (his formal judgment did not, as I previously noted, deal with s. 10(1)(*a*)) but LeDain J., expressing caution as to the relevance of a ship's flag to safety under s. 9(2)(*a*)(ii) (vessels employed in the fishing trade) limited his excision of the words "registered in Canada" to subpara. (iii) alone. But whereas Gibson J. would sever those words and otherwise leave s. 9(2)(*a*) intact, LeDain J. concluded that there could be no severance and hence the whole of ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*) must fall. The result, of course, was to leave the general provisions for compulsory pilotage in force without the opportunity for the *S.S. Alaska* to claim exemption or waiver.

In his submissions in support of the validity of the Regulations, counsel for the Authority relied on antecedent provisions which made the place of a ship's registry a factor in exemption from com-

Gibson. L'avocat de l'intimée appuie quant à lui l'arrêt du juge LeDain s'il ne réussit pas à faire accepter sa prétention que le Règlement, et en particulier les sous-al. 9(2)*a*)(iii) et l'al. 10(1)*a*), sont *intra vires* pour le tout.

En un mot, il faut déterminer si faire reposer la demande d'exemption sur le pavillon d'un navire, en l'espèce l'immatriculation au Canada, et de la même façon, la demande de dispense, en l'espèce l'immatriculation aux États-Unis, peut à bon droit être considéré comme une question de sécurité ou une question y reliée, dans la réalisation des objets de l'Administration en vertu de l'art. 12. On a en effet reconnu que le *S.S. Alaska* pouvait répondre aux autres exigences des sous-al. 9(2)*a*)(iii) et de l'al. 10(1)*a*) en ce qui concerne son capitaine ou son officier de quart à la passerelle pour être dégagé du pilotage obligatoire.

Le juge Gibson et le juge LeDain ont tous deux conclu que faire du lieu d'immatriculation d'un navire une condition d'exemption du pilotage obligatoire, au moins en ce qui concerne le sous-al. 9(2)*a*)(iii) et l'al. 10(1)*a*), n'avait rien à voir avec la sécurité. Le juge Gibson aurait retranché les mots «immatriculés au Canada» par rapport à tous les sous-alinéas de l'al. 9(2)*a*) (il n'est pas question dans le dispositif de son jugement, comme je l'ai déjà dit, de l'al. 10(1)*a*)), mais le juge LeDain, exprimant des réserves sur le lien entre le pavillon des navires et la sécurité en vertu du sous-al. 9(2)*a*)(ii) (navires affectés à la pêche commerciale) a limité sa suppression des mots «immatriculés au Canada» seulement par rapport au sous-al. (iii). Mais alors que le juge Gibson aurait supprimé ces mots tout en laissant intact le reste de l'al. 9(2)*a*), le juge LeDain a conclu qu'on ne pouvait ainsi les dissocier et que, par conséquent, le sous-al. 9(2)*a*)(iii) et l'al. 10(1)*a*) sont totalement invalides. Cela a évidemment comme résultat de laisser en vigueur les dispositions générales concernant le pilotage obligatoire sans que le *S.S. Alaska* ait la possibilité de demander une exemption ou une dispense.

Dans ses arguments à l'appui de la validité du Règlement, l'avocat de l'Administration s'est fondé sur des dispositions antérieures qui faisaient du lieu d'immatriculation d'un navire un élément

pulsory pilotage dues. This contention was canvassed by LeDain J. and I adopt what he said in rejecting it. His conclusion on the irrelevance of a ship's flag to safety under ss. 9(2)(*a*)(iii) and 10(1)(*a*) was stated in the following words:

> While safety is best assured by actual verification and certification of an officer's competency for the conduct of a vessel in a particular pilotage area, I am of the view that country of registration or ship's flag cannot be said, as a matter of principle, to be wholly irrelevant to the question of safety of navigation as it is affected by the conduct of the vessel. Apart from such factors as size, maneuverability and navigational aids—factors related to the physical characteristics of a ship and its equipment—the essential factors bearing on safety of navigation, insofar as the conduct of the vessel is concerned, are the competency of the master or officer who has the conduct of the vessel and his knowledge of the local waters. Country of registration may raise a presumption of competency and knowledge of local waters. It may not be a sufficient criterion by itself but it cannot be said to be wholly irrelevant to the question of safety.

On the other hand, I am of the opinion that in the context of s. 9(2)(*a*)(iii) of the Regulations country of registration is not relevant to the question of safety. Since the requirement of safety is assured by the other conditions specified therein concerning the competency of the master or deck watch officer and his experience with local waters, country of registration is a superfluous requirement and can only be there to serve some other purpose not authorized by the Act. It was common ground that apart from the country of registration the *S.S. ALASKA* fell squarely within the conditions of this exception to compulsory pilotage. I agree with the contention of the owners and operators of the vessel that this provision discriminates against them on a ground that, in that particular context, is not authorized by the Act. The same can be said, I think of s. 10(1)(*a*) of the Regulations with respect to waiver. There the reference to American registration may serve to indicate the nature of the certificate of competency that is required, but I think the same principle applies. Where the conditions of waiver are spelled out in terms of specific competency and experience with the local waters, country of registration is irrelevant.

qui entrait dans l'exemption de droits de pilotage obligatoire. Le juge LeDain a examiné minutieusement cette prétention et j'adopte ses motifs de rejet. Sa conclusion sur le manque de lien entre le pavillon d'un navire et la sécurité, en vertu du sous-al. 9(2)*a*)(iii) et de l'al. 10(1)*a*), se trouve dans les alinéas suivants de ses motifs:

> Bien que la meilleure façon d'assurer la sécurité soit de vérifier et de certifier la compétence d'un officier pour la conduite d'un navire dans une zone de pilotage déterminée, je suis d'avis que le pays d'immatriculation ou le pavillon d'un navire ne peut être, en principe, complètement dissocié de la question de la sécurité de la navigation puisque le pilotage des navires influe sur cette sécurité. A part des facteurs tels que la dimension, la maniabilité et les aides à la navigation—facteurs liés aux caractéristiques physiques d'un navire et à son équipement—les facteurs essentiels qui influent sur la sécurité de la navigation, pour autant que le pilotage des navires soit concerné, sont la compétence du capitaine ou de l'officier chargé de piloter le navire et sa connaissance des eaux locales. Le pays d'immatriculation peut engendrer une présomption de compétence et de connaissance des eaux locales. Cela n'est peut-être pas un critère suffisant en soi, mais ça ne peut toutefois être complètement dissocié de la question de sécurité.

Par contre, je suis d'avis que dans le contexte de l'art. 9(2)*a*)(iii) du Règlement, le pays d'immatriculation n'est pas lié à la question de sécurité. En effet, puisque la sécurité est assurée par les autres conditions qui s'y trouvent spécifiées, notamment celles touchant la compétence du capitaine ou de l'officier de quart à la passerelle et sa connaissance des eaux locales, le pays d'immatriculation devient alors une exigence superflue et qui ne peut figurer que pour servir d'autres buts non autorisés par la Loi. Il est notoire qu'à part la condition du pays d'immatriculation, le *S.S. Alaska* se qualifie nettement pour bénéficier de cette exception au pilotage obligatoire. J'approuve l'argument des propriétaires et exploitants du navire suivant lequel cette disposition discrimine contre eux dans un sens qui, dans ce contexte particulier, n'est pas autorisé par la Loi. On peut en dire de même, je pense, de l'art. 10(1)*a*) du Règlement qui traite des dispenses. Là, la référence à l'immatriculation aux États-Unis peut servir à révéler la nature du certificat de compétence requis, mais je pense que le même principe doit s'appliquer. Là où les conditions de dispense s'expriment par la compétence spécifique et la connaissance des eaux locales, le pays d'immatriculation est sans importance.

I have considered whether, because of the issue concerning disciplinary action with respect to certificates of competency that was raised in the hearings, country of registration in the context of s. 9(2)(*a*)(iii) and s. 10(1)(*a*) offers an additional measure of control that can be justified on the ground of safety. I do not see how a persuasive case can be made for its relevance on this basis. It appears to be quite clear that in the case of s. 9(2)(*a*)(iii) a Canadian certificate of competency or a certificate recognized by the Minister of Transport as its equivalent under s. 130 of the *Canada Shipping Act* would be subject to suspension or cancellation by the Canadian authorities, and there would thus be the removal, insofar as the particular officer was concerned, of an essential condition of the entitlement to exemption. In the case of s. 10(1)(*a*), which requires the master or deck watch officer to be duly licensed for a ship registered in the United States, there is no question of control exercisable by the Canadian authorities.

Étant donné que l'on a soulevé au cours du débat la question des mesures disciplinaires rattachées aux certificats de compétence, j'ai examiné si la référence au pays d'immatriculation dans le contexte de l'art. 9(2)*a*)(iii) et de l'art. 10(1)*a*) fournit une mesure de contrôle supplémentaire justifiable pour des motifs de sécurité. Je ne vois pas quelle justification l'on pourrait, sur cette base, invoquer à son appui. Il paraît très évident que, dans le cas de l'art. 9(2)*a*)(iii) un certificat de capacité canadien ou un certificat reconnu comme équivalent par le ministre des Transports en vertu de l'art. 130 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* pourrait se voir suspendu ou annulé par les autorités canadiennes, ce qui reviendrait, pour autant que l'officier titulaire de ce certificat est concerné, à supprimer une condition essentielle du droit à la délivrance d'une exemption. Dans le cas de l'art. 10(1)*a*) qui oblige le capitaine ou l'officier de quart à la passerelle à être dûment breveté pour un navire immatriculé aux États-Unis, la question du contrôle par autorités canadiennes ne se pose pas.

Counsel for the respondent Authority also urged that the power conferred by s. 14(1)(*b*) of the Act to make regulations "prescribing the ships or classes of ships that are subject to compulsory pilotage" were wide enough to embrace prescription of a ship's flag as referable to safety and that the scope of this paragraph was not exhausted merely by fixing tonnage standards and by relating them to types of ships, whether tugs or pleasure yachts or other types. I cannot subscribe to this contention. If the place of registry was as important to safety or was otherwise an important factor for pilotage regulation, as counsel for the Authority asserted, one would have expected a fairly clear indication of that in the *Pilotage Act* or in the grants thereunder of regulation-making power. Failing any such indication, the attempt to find it, either in s. 14(1)(*b*) or perhaps even in s. 14(1)(*k*), takes such provisions beyond their ordinary meaning and, indeed, without any supporting context in any other parts of s. 14.

L'avocat de l'Administration intimée a également fait valoir que le pouvoir que confère l'al. 14(1)*b*) de la Loi d'établir des règlements «prescrivant les navires ou catégories de navires assujettis au pilotage obligatoire» est suffisamment large pour englober la prescription du pavillon d'un navire comme exigence en matière de sécurité et que la portée de cet alinéa ne se limite pas à la simple fixation de normes quant au port en lourd que l'on rattache à des types de navires, tels les remorqueurs, les yachts de plaisance ou d'autres types de navires. Je ne peux accepter cette prétention. Si le lieu d'immatriculation était aussi important pour la sécurité ou constituait par ailleurs un élément important de la réglementation du pilotage, comme l'avocat de l'Administration le fait valoir, on se serait attendu à en trouver une indication suffisamment claire dans la *Loi sur le pilotage* ou dans ses dispositions qui accordent un pouvoir de réglementation. En l'absence de toute indication en ce sens, la tentative d'en trouver une à l'al. 14(1)*b*) ou peut-être même à l'al. 14(1)*k*), dénature le sens ordinaire de ces dispositions et le fait sans que le contexte d'aucune autre partie de l'art. 14 ne s'y prête.

This leaves for consideration whether LeDain J.'s view of inseverability should prevail or whether Gibson J.'s opinion, even if it be limited to s.

Il nous reste à examiner si l'opinion du juge LeDain quand à l'indivisibilité doit prévaloir ou si l'opinion du juge Gibson, même si elle doit se

9(2)(*a*)(iii) alone, should govern so as to permit the *S.S. Alaska* to qualify its master and deck watch officers for exemption thereunder. LeDain J. applied a dictum of the Privy Council in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*[4], at p. 518, to support his conclusion of inseverability. I prefer the more functional view of Rand J. in the *Margarine* reference, *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*[5], at pp. 53-54, where he said this about the challenged legislation in that case (which prohibited the manufacture and importation of margarine, the manufacture prohibition being struck down and the importation prohibition saved):

> Having regard to the purpose of the legislation, the restrictions are undoubtedly intended to be cumulative. They are in no sense dependent upon or involved with each other, though no doubt both are necessary to the complete benefit envisaged. But distinct in operation and effect, they are to be taken as enacted distributively and not with the intention that either all or none should come into force.

A canvass of the *Pacific Pilotage Regulations* shows that the emphasis was on continuing competency of licensees and pilotage certificate holders in carrying on their work in the designated pilotage areas and that relief through exemption or waiver was also related to competency of the master or deck watch officer of the ship. The ship registration add-on, limited for economic reasons to Canadian and United States registration and thus excluding other equally reputable places of registry, seems to me to fall within Rand J.'s reference to cumulative restrictions enacted distributively.

In the result, I would allow the appeal and would vary the judgment of the Federal Court of Appeal by directing, in accordance with the views expressed by Gibson J., that the words "registered in Canada" applicable to s. 9(2)(*a*)(iii) and the words "registered in the United States" in s.

[4] [1947] A.C. 503.
[5] [1949] S.C.R. 1.

limiter au seul sous-al. 9(2)*a*)(iii), doit être retenue de manière à permettre au capitaine et aux officiers de quart à la passerelle du *S.S. Alaska* d'obtenir une exemption. Le juge LeDain a appliqué un *dictum* du Conseil privé dans *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*[4], à la p. 518, pour appuyer sa conclusion sur l'indivisibilité. Je préfère l'opinion plus fonctionnelle du juge Rand dans le renvoi sur la *Margarine*, *Reference as to the Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*[5], aux pp. 53 et 54 où il a dit au sujet de la loi alors contestée (qui interdisait la fabrication et l'importation de margarine; l'interdiction de fabrication fut annulée et l'interdiction d'importation confirmée):

> [TRADUCTION] Compte tenu de l'objet de la loi, les restrictions sont sans aucun doute conçues de façon à être cumulatives. Elles ne sont en aucune façon tributaires ni accessoires l'une de l'autre, quoiqu'elles soient sans doute toutes deux nécessaires pour en tirer tout le bénéfice envisagé. Mais ayant une application et un effet distincts, on doit considérer qu'elles ont été édictées de façon distributive et non dans l'intention qu'elles doivent toutes entrer en vigueur sinon aucune ne le sera.

Une étude approfondie du *Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique* montre qu'on a mis l'accent sur le maintien de la compétence des pilotes brevetés et des titulaires de certificat de pilotage dans l'exercice de leurs fonctions dans les zones de pilotage désignées et que l'exonération que constitue l'exemption ou la dispense est également reliée à la compétence du capitaine ou de l'officier de quart à la passerelle du navire. L'exigence supplémentaire de l'immatriculation du navire, limitée pour des raisons économiques à l'immatriculation canadienne et américaine, ce qui exclut par conséquent d'autres lieux tout aussi reconnus d'immatriculation, relève à mon sens de ce que le juge Rand appelle des restrictions cumulatives édictées de façon distributive.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de modifier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale, en ce que, conformément au point de vue du juge Gibson, les mots «immatriculés au Canada» applicables au sous-al. 9(2)*a*)(iii) et les mots «immatriculés aux États-Unis» à l'al. 10(1)*a*) du

[4] [1947] A.C. 503.
[5] [1949] R.C.S. 1.

10(1)(*a*) of the Regulations be severed from those provisions as going beyond the powers conferred upon the Authority. It follows from this conclusion that the respondent is not entitled to retain the award of $3,594.04 for pilotage fees.

The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Hogarth, Oliver, Hughes & Drabik, New Westminster.

Solicitors for the respondent: Owen, Bird, Vancouver.

Règlement soient supprimés de ces dispositions parce qu'ils excèdent les pouvoirs conférés à l'Administration. En conséquence, l'intimée n'est pas fondée à conserver le montant de $3,594.04 accordé au titre des droits de pilotage.

L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Hogarth, Oliver, Hughes & Drabik, New Westminster.

Procureurs de l'intimée: Owen, Bird, Vancouver.

Congoleum Canada Ltd., Metrocan Leasing Ltd., Domco Industries Ltée and Les Ensembles Urbains Ltée (*Applicants*) *Appellants*;

and

Montreal Urban Community and the City of Montreal *Respondents*;

and

Quebec Real Estate Revision Board *Mis en cause.*

1981: March 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Valuation — Finding of municipal assessor challenged — Application of a sale subsequent to assessment to establishment of real value of industrial complex — Valuation on the rolls upheld by Revision Board — Real Estate Assessment Act, 1971 (Que.), c. 50 as amended — Code of Civil Procedure, art. 475.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], allowing the appeals of respondents and dismissing the cross-appeal of appellants from a judgment of the Provincial Court[2], which allowed the appeal of appellants seeking to quash the decision of the Quebec Real Estate Revision Board.

Jacques Viau, Q.C., and *Paul Demers*, for the applicants, appellants.

Gérard Beaupré, Q.C., and *Bernard Taillefer*, for the respondent Montreal Urban Community.

Jeanne Nobert, for the respondent City of Montreal.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

DICKSON J.—We have not been persuaded by appellants that there is a basis for intervention by this Court with respect to the way the Court of

[1] [1979] C.A. 392.
[2] [1976] C.P. 351.

Congoleum Canada Ltd., Metrocan Leasing Ltd., Domco Industries Ltée et Les Ensembles Urbains Ltée (*Requérantes*) *Appelantes*;

et

La Communauté urbaine de Montréal et la ville de Montréal *Intimées*;

et

Le Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec *Mis en cause.*

1981: 25 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Evaluation — Conclusions de l'évaluateur municipal contestées — Portée d'une vente ultérieure à l'évaluation sur l'établissement de la valeur réelle d'un complexe industriel — Maintien par le Bureau de révision des évaluations déposées aux rôles — Loi sur l'évaluation foncière, 1971 (Qué.), chap. 50 et modifications — Code de procédure civile, art. 475.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], qui a accueilli les appels des intimées et rejeté l'appel incident des appelantes à l'encontre du jugement de la Cour provinciale[2], qui avait accueilli l'appel des appelantes visant à infirmer la décision du Bureau de révision de l'évaluation foncière du Québec.

Jacques Viau, c.r., et *Paul Demers*, pour les requérantes, appelantes.

Gérard Beaupré, c.r., et *Bernard Taillefer*, pour l'intimée la Communauté urbaine de Montréal.

Jeanne Nobert, pour l'intimée la ville de Montréal.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE DICKSON—Les appelantes ne nous ont pas persuadés qu'il y a lieu pour cette Cour d'intervenir dans la disposition de ces affaires faite par

[1] [1979] C.A. 392.
[2] [1976] C.P. 351.

Appeal disposed of these matters and we are all of the opinion that the appeal from the three judgments of the Court of Appeal must be dismissed. The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the applicants, appellants: Colby, Rioux, Demers & Smiley, Montreal and Viau, Bélanger & Associés, Montreal.

Solicitors for the respondent Montreal Urban Community: Beaupré, Trudeau, Sylvestre, Taillefer & Léger, Montreal.

Solicitors for the respondent City of Montreal: Péloquin, Badeaux, Allard & Lacroix, Montreal.

la Cour d'appel et nous sommes tous d'avis que le pourvoi contre les trois arrêts de la Cour d'appel doit être rejeté. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des requérantes, appelantes: Colby, Rioux, Demers & Smiley, Montréal et Viau, Bélanger & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intimée la Communauté urbaine de Montréal: Beaupré, Trudeau, Sylvestre, Taillefer & Léger, Montréal.

Procureurs de l'intimée la ville de Montréal: Péloquin, Badeaux, Allard & Lacroix, Montréal.

Walter Moosehunter (*Respondent*) *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen (*Appellant*) *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Alberta and the Council for Yukon Indians *Interveners.*

1981: March 10; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Indians — Hunting rights — Treaty Indian hunting for food in traditional hunting area charged with hunting in Wildlife Management Unit contrary to Saskatchewan Game Act — Wildlife Management Unit in area covered by treaty — Indians' rights to hunt on unoccupied Crown land and other land to which they had a right of access preserved by federal-provincial Natural Resources Agreement — Whether or not Wildlife Management Unit occupied Crown land — If so, whether or not land to which appellant had a right of access — The Game Act, 1967, 1967 (Sask.), c. 78, s. 9(a) — British North America Act, 1930, 1930 (Imp.), c. 26.

Appellant, a treaty Indian, while hunting for food shot and killed a moose on Crown land designated the Cookson Wildlife Management Unit. The Unit was part of the traditional hunting ground of appellant's Band. It was also a designated area under *The Game Act* (Saskatchewan). On the day in question, all hunting was prohibited in the area. Appellant was charged with unlawfully hunting contrary to *The Game Act*. His conviction in Magistrate's Court was quashed when appealed to the District Court of Saskatchewan by way of trial *de novo*. The Court of Appeal allowed an appeal from that decision.

Of the three constitutional questions set down, only one remained in light of an earlier judgment of the Court. That question dealt with the issue of whether or not the Cookson Wildlife Management Unit was

Walter Moosehunter (*Intimé*) *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine (*Appelante*) *Intimée*;

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Alberta et the Council for Yukon Indians *Intervenants.*

1981: 10 mars; 1981: 11 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Indiens — Droits de chasse — Indien visé par un traité chassant pour se nourrir sur un terrain de chasse traditionnel accusé d'avoir chassé dans une zone de protection de la faune contrairement à The Game Act de la Saskatchewan — Zone de protection de la faune faisant partie de terres visées par un traité — Droits des Indiens de chasser sur les terres inoccupées de la Couronne et sur les autres terres auxquelles ils ont un droit d'accès préservés par une convention fédérale-provinciale sur les ressources naturelles — La zone de protection de la faune est-elle une terre occupée de la Couronne? Dans l'affirmative, l'appelant y a-t-il un droit d'accès? — The Game Act, 1967, 1967 (Sask.), chap. 78, art. 9a) — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, 1930 (Imp.), chap. 26.

L'appelant, un Indien visé par un traité, alors qu'il chassait pour se nourrir, a abattu un orignal sur des terres de la Couronne appelées Zone de protection de la faune de Cookson. La Zone fait partie du terrain de chasse traditionnel de la bande de l'appelant. C'est aussi une aire désignée au sens de *The Game Act* (Saskatchewan). Le jour en question, toute chasse y était interdite. L'appelant a été accusé d'avoir illégalement chassé contrairement à *The Game Act*. Sur appel par voie de procès *de novo* devant la Cour de district de la Saskatchewan, sa déclaration de culpabilité rendue en Cour de magistrat a été annulée. La Cour d'appel a accueilli un appel formé contre cette décision.

Une seule des trois questions constitutionnelles énoncées reste sans réponse compte tenu d'un arrêt antérieur de la Cour. Cette question est de savoir si la Zone de protection de la faune de Cookson est une terre occupée

occupied land within paragraph 12 of the Natural Resources Agreement, and if so, whether or not it occupied Crown land to which appellant had a right of access pursuant to that paragraph, or by reason of the hunting of game being consistently allowed in the Unit, or by virtue of treaty obligations.

The Natural Resources Agreement between Canada and Saskatchewan had been confirmed by the Saskatchewan Legislature and the Canadian and British Parliaments. Paragraph 12 was to ensure Indians of a supply of fish and game for their support and subsistance and allowed the hunting, fishing and trapping for food in all seasons on unoccupied Crown land to which the Indians had access. The Agreement consolidated the treaty rights and restricted the Province's power to regulate the Indians' right to hunt food.

Held: The appeal should be allowed.

The proviso to paragraph 12 of the Natural Resources Agreement provided that if Indians had a right of access to lands, they could hunt "at all seasons of the year". Any attempt by the Province to limit Indian hunting for food to specified times of the year would be direct derogation of the terms of that Agreement. The laws in force at the time of the incident contemplated a limited right to hunt on the land in question. This constituted a "right of access" and engaged the proviso in paragraph 12. It was therefore unnecessary to consider whether the Cookson Wildlife Management Unit was "unoccupied Crown land".

Appellant's position was re-inforced by Treaty No. 6 which covered land within the Cookson Unit. The Government of Canada could alter the rights of Indians under treaties. Provinces cannot. Through the Natural Resources Agreement, the federal government attempted to fulfill its treaty obligations to the Indians. The Province could not unilaterally affect the right of Indians to hunt for food on unoccupied Crown lands or lands to which they had a right of access. Any changes required in the future could be negotiated and alterations made through the provisions for amendment contained in the Agreement.

R. v. Smith, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247, referred to; *R. v. Suther-*

de la Couronne au sens de la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'une terre occupée de la Couronne à laquelle l'appelant a un droit d'accès conformément à cette clause ou du fait que la chasse du gibier a toujours été autorisée dans la Zone ou en vertu d'obligations découlant d'un traité.

La Convention sur les ressources naturelles entre le Canada et la Saskatchewan a été confirmée par la Législature de la Saskatchewan et par les Parlements canadien et britannique. La clause 12 a pour but d'assurer aux Indiens un approvisionnement de poisson et de gibier destinés à leur support et subsistance et leur permet de chasser, de pêcher et de piéger pour se nourrir en toute saison sur les terres inoccupées de la Couronne auxquelles les Indiens ont accès. La Convention consolide les droits accordés par traité et limite le pouvoir de la province de réglementer le droit des Indiens de chasser pour se nourrir.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La restriction que comporte la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles dispose que si les Indiens ont un droit d'accès à des terres, ils peuvent y chasser «en toute saison de l'année». Toute tentative de la part de la province de limiter le droit de chasse des Indiens pour se nourrir à des périodes précises de l'année serait une dérogation directe aux termes de cette Convention. Les lois en vigueur au moment de l'incident prévoyaient un droit limité de chasser sur les terres en question. Cela constitue un «droit d'accès» et entraîne l'application de la restriction de la clause 12. Il est donc superflu de se demander si la Zone de protection de la faune de Cookson est une «terre inoccupée de la Couronne».

La position de l'appelant est renforcée par le Traité nº 6, qui s'applique aux terres comprises dans la Zone de Cookson. Le gouvernement du Canada peut modifier les droits accordés aux Indiens en vertu de traités. Les provinces ne le peuvent. Au moyen de la Convention sur les ressources naturelles, le gouvernement fédéral a tenté de s'acquitter de ses obligations découlant des traités applicables aux Indiens. La province ne peut unilatéralement porter atteinte au droit des Indiens de chasser pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne ou sur les terres auxquelles ils ont un droit d'accès. Tout changement qui pourrait être requis dans l'avenir, pourrait faire l'objet de négociations et être apporté au moyen des dispositions de modification contenues dans la Convention.

Jurisprudence: *R. v. Smith*, [1935] 2 W.W.R. 433; *R. v. Strongquill* (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247; arrêts

land, Wilson and Wilson, [1980] 2 S.C.R. 451; *Sikyea v. The Queen* (1964), 2 C.C.C. 129, applied.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Saskatchewan[1], allowing an appeal from the decision of Halvorson D.C.J. quashing an appeal by way of trial *de novo* from the decision of Bonnycastle J.M.C. Appeal allowed.

R. B. Buglass and *Ron Cherkewich*, for the appellant.

Murray Brown and *Betty Ann Pottruff*, for the respondent.

David Sgayias, for the intervener the Attorney General of Canada.

David E. Cosco, for the intervener the Council for Yukon Indians.

B. A. Crane, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—On January 12, 1976, Walter Moosehunter, a treaty Indian (Treaty No. 6), while hunting for food, shot and killed a cow moose on Crown land designated the Cookson Wildlife Management Unit. The Unit is part of the traditional hunting ground of the Band of Indians of which Moosehunter is a member. It is also a 'designated area' under *The Game Act, 1967*, of the Province of Saskatchewan (1967 (Sask.), c. 78, as amended). On the day in question, all hunting was prohibited in the area.

Moosehunter was charged and convicted in Magistrate's Court with unlawfully hunting in a wildlife management unit, contrary to s. 9(*a*) of *The Game Act, 1967*. Section 9(*a*) of the Act provides:

9. Except as otherwise provided in this Act or *The Fur Act*, or any regulation made under either or both of those Acts, no person shall:

(*a*) hunt, trap, snare, poison or otherwise destroy or molest any animal or bird in a game preserve, bird

[1] (1978), 43 C.C.C. (2d) 15.

appliqués: *R. c. Sutherland, Wilson et Wilson*, [1980] 2 R.C.S. 451; *Sikyea v. The Queen* (1964), 2 C.C.C. 129.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan[1], qui a accueilli un appel interjeté de la décision du juge Halvorson qui a rejeté un appel par voie de procès *de novo* de la décision du juge Bonnycastle. Pourvoi accueilli.

R. B. Buglass et *Ron Cherkewich*, pour l'appelant.

Murray Brown et *Betty Ann Pottruff*, pour l'intimée.

David Sgayias, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

David E. Cosco, pour l'intervenant the Council for Yukon Indians.

B. A. Crane, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Le 12 janvier 1976, Walter Moosehunter, un Indien visé par un traité (le Traité n° 6), chassait pour se nourrir; il a alors abattu une femelle d'orignal sur des terres de la Couronne appelées Zone de protection de la faune de Cookson. La Zone fait partie du terrain de chasse traditionnel de la bande d'Indiens dont Moosehunter est membre. C'est aussi une «aire désignée» au sens de *The Game Act, 1967*, de la province de la Saskatchewan (1967 (Sask.), chap. 78 et modifications). Le jour en question, toute chasse y était interdite.

Moosehunter a été accusé et déclaré coupable en Cour de magistrat d'avoir illégalement chassé dans une zone de protection de la faune, contrairement à l'al. 9*a*) de *The Game Act, 1967* qui prévoit:

[TRADUCTION] **9.** Sauf disposition contraire dans la présente loi ou dans *The Fur Act*, ou dans tout règlement adopté en vertu de l'une ou l'autre desdites lois, nul ne doit

a) chasser, prendre au piège, prendre au collet, empoisonner ou de quelque autre manière détruire ou mal-

[1] (1978), 43 C.C.C. (2d) 15.

sanctuary or any other designated area established pursuant to this Act or the regulations; . . .

Moosehunter appealed his conviction, by way of trial *de novo*, to the District Court for Saskatchewan. He relied on paragraph 12 of the Natural Resources Agreement signed between Canada and the Province of Saskatchewan in 1930, and confirmed by the Legislature of Saskachewan, 1930 (Sask.), c. 87, the Parliament of Canada, 1930 (Can.), c. 41 and the Parliament of the United Kingdom, *British North America Act, 1930*, 1930 (Imp.), c. 26.

Paragraph 12 of the Agreement reads:

12. 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. [Emphasis added.]

The reason or purpose underlying paragraph 12 was to secure to the Indians a supply of game and fish for their support and subsistence and clearly to permit hunting, trapping and fishing for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and lands to which the Indians had access. The Agreement had the effect of merging and consolidating the treaty rights of the Indians in the area and restricting the power of the provinces to regulate the Indians' right to hunt for food. The right of Indians to hunt for sport or commercially could be regulated by provincial game laws but the right to hunt for food could not.

District Court Judge Halvorson held that Moosehunter fell within the proviso in paragraph

traiter un animal ou un oiseau dans une réserve de gibier, dans un refuge d'oiseaux ou dans toute autre aire désignée, établie en application de la présente loi ou de son règlement; . . .

Par voie de procès *de novo*, Moosehunter a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité devant la Cour de district de la Saskatchewan. Il s'est fondé sur la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles intervenue en 1930 entre le Canada et la province de la Saskatchewan et confirmée par la Législature de la Saskatchewan, 1930 (Sask.), chap. 87, par le Parlement du Canada, 1930 (Can.), chap. 41 et par le Parlement du Royaume-Uni, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, 1930 (Imp.), chap. 26.

La clause 12 de la Convention dispose ainsi:

12. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leur 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. [C'est moi qui souligne.]

La clause 12 avait pour motif ou but d'assurer aux Indiens un approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leur support et subsistance et, évidemment, de leur permettre de chasser, de piéger et de pêcher pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur les terres auxquelles les Indiens ont accès. La Convention a eu comme effet de fusionner et de consolider les droits accordés par traité aux Indiens à cet égard ainsi que de limiter le pouvoir des provinces de réglementer le droit des Indiens de chasser pour se nourrir. Les lois provinciales sur la protection de la faune peuvent réglementer le droit de ces derniers de se livrer à la chasse sportive ou commerciale, mais non celui de chasser pour se nourrir.

Le juge Halvorson de la Cour de district a décidé que la restriction énoncée à la clause 12

12. In his view, the Cookson Wildlife Management Unit was unoccupied Crown land and land to which Indians had a right of access, thus Moosehunter was entitled to hunt for food on this land at all seasons of the year. The judge reviewed the regulations passed under *The Game Act, 1967* and observed that hunting of game is consistently permitted in wildlife management units. He held that the wildlife management units were not in the nature of the game preserves referred to in *R. v. Smith*[2], where all hunting was forbidden. He likened these units to the forest reserves in *R. v. Strongquill*[3] where permits allowing hunting were issued on a regular basis. Since hunters had a right of access to these lands, Indians might hunt for food on them at any time of the year. Accordingly, he allowed the appeal and quashed the conviction.

The Court of Appeal unanimously allowed an appeal from this judgment. In short reasons, Mr. Justice Woods stated that the appropriation or setting aside of land for the protection or management of birds and animals is an 'occupation' by the Crown within the meaning of paragraph 12. He held further that there was no general or particular right of access to these lands by Indians as such. Therefore, the lands were occupied Crown lands to which Indians did not have a right of access. On such lands, Indians are subject to the general hunting laws of the Province, and Moosehunter was guilty as charged.

Leave to appeal to this Court was granted on December 18, 1978. On June 14, 1979, the Chief Justice set down the following constitutional questions:

1. Does s. 9(a) of the *Game Act*, 1967 (Sask.), c. 78 as amended and regulations thereunder offend against para. 12 of the Natural Resources Agreement between Canada and Saskatchewan, confirmed by 1930 (Can.), c. 41 1930 (Sask.), c. 87 and by the *British North America Act*, 1930 (Imp.), c. 26?

[2] [1935] 2 W.W.R. 433.
[3] (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247.

s'applique à Moosehunter. A son avis, la Zone de protection de la faune de Cookson constitue des terres inoccupées de la Couronne et des terres auxquelles les Indiens ont un droit d'accès, dès lors Moosehunter avait le droit de chasser pour se nourrir sur ces terres en toute saison de l'année. Le juge a passé en revue les règlements adoptés en application de *The Game Act, 1967* et a remarqué que, dans les zones de protection de la faune, la chasse au gibier est toujours permise. Il a jugé que les zones de protection de la faune ne sont pas de même nature que les réserves de gibier mentionnées dans l'arrêt *R. v. Smith*[2], où tous les types de chasse étaient interdits. Il a comparé ces zones aux réserves forestières en cause dans l'arrêt *R. v. Strongquill*[3], où des permis de chasse étaient délivrés sur une base régulière. Puisque les chasseurs ont un droit d'accès à ces terres, il est permis aux Indiens d'y chasser pour se nourrir à toute époque de l'année. Par conséquent, le juge a accueilli l'appel et annulé la déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité un appel formé contre ce jugement. Le juge Woods a dit dans de brefs motifs que l'appropriation ou la mise à part de terres pour la protection ou la conservation d'oiseaux et d'animaux constitue une «occupation» par la Couronne au sens de la clause 12. Il a en outre décidé que les Indiens comme tels n'ont pas de droit d'accès général ou particulier à ces terres. Dès lors, il s'agit de terres occupées de la Couronne auxquelles les Indiens n'ont pas un droit d'accès. Sur ces terres, les Indiens sont assujettis aux lois générales de la province en matière de chasse et Moosehunter est coupable de l'infraction imputée.

La permission de se pourvoir devant cette Cour a été accordée le 18 décembre 1978. Le 14 juin 1979, le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 9a) de *The Game Act*, 1967 (Sask.), chap. 78, modifié, et les règlements d'application contreviennent-ils à l'art. 12 de la Convention sur les ressources naturelles conclue entre le Canada et la Saskatchewan confirmée par 1930 (Can.), chap. 41 1930 (Sask.), chap. 87 et par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1930 (Imp.), chap. 26?

[2] [1935] 2 W.W.R. 433.
[3] (1953), 8 W.W.R. (N.S.) 247.

2. Is s. 8(2) of the *Game Act*, 1967 (Sask.), c. 78, in defining certain land as not unoccupied Crown land nor land to which Indians have a right of access, *ultra vires* or inoperative as offending s. 91(24) of the *British North America Act* or as offending the *British North America Act*, 1930 (Imp.), c. 26 because of a unilateral definition of its terms?

3. Is the Cookson Wildlife Management Unit created pursuant to s. 61 of the *Game Act*, 1967 (Sask.), c. 78 and s. 25 of 1970 (Sask.), c. 24 and Regulations 136/1970 and 194/1972 occupied Crown land within para. 12 of the Natural Resources Agreement, as confirmed by Canada and Saskatchewan and by the *British North America Act*, 1930 (Imp.), c. 26 and, if so, is it occupied Crown land to which the appellant has a right of access pursuant to para. 12 aforesaid or by reason of hunting of game being consistently allowed in Wildlife Management Units under the *Game Act*, or by virtue of treaty obligations to Indians under Treaty No. 6?

Section 8(1) of *The Game Act, 1967*, is a general provision reaffirming the terms of paragraph 12 of the 1930 Natural Resources Agreement. It recites that Indians have the right to hunt for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and lands to which they may have a right of access. Section 8(2) limits the scope of s. 8(1):

(2) For the purpose of subsection (1) the lands within game preserves, bird sanctuaries, provincial parks and wildlife management areas are deemed not to be unoccupied Crown lands or lands to which Indians have a right of access.

The Attorney General of Canada and the Council for Yukon Indians intervened in support of the position of the appellant Moosehunter. The Attorney General of Alberta intervened in support of the Attorney General of Saskatchewan. The Attorneys General of Ontario and Manitoba were granted leave to intervene but withdrew before the hearing.

The constitutional significance of this appeal was in large part emptied by the judgment of this

2. Le paragraphe 8(2) de *The Game Act*, 1967 (Sask.), chap. 78, en définissant certaines terres comme des terres de la Couronne qui ne sont pas inoccupées ou des terres auxquelles les Indiens n'ont pas un droit d'accès, est-il *ultra vires* ou sans effet parce qu'il contrevient au par. 91(24) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ou à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1930 (Imp.), chap. 26, par suite d'une définition unilatérale de ses termes?

3. La Zone de protection de la faune de Cookson créée conformément à l'art. 61 de *The Game Act*, 1967 (Sask.), chap. 78 et l'art. 25 de 1970 (Sask.), chap. 24 et les règlements 136/1970 et 194/1972, est-elle une terre de la Couronne occupée au sens de l'art. 12 de la Convention sur les ressources naturelles, confirmée par le Canada et la Saskatchewan et par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1930 (Imp.), chap. 26, et, dans l'affirmative, s'agit-il d'une terre de la Couronne occupée à laquelle l'appelant a un droit d'accès conformément à l'art. 12 susmentionné ou du fait que la chasse du gibier a toujours été autorisée dans les zones de protection de la faune en vertu de *The Game Act*, ou en vertu des obligations envers les Indiens aux termes du Traité nº 6?

Le paragraphe 8(1) de *The Game Act, 1967*, est une disposition générale qui réaffirme les termes de la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles de 1930. Il édicte 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 et sur les terres auxquelles ces derniers peuvent avoir un droit d'accès. Le paragraphe 8(2) limite la portée du par. 8(1):

[TRADUCTION] (2) Aux fins du paragraphe (1), sont réputées ne pas être des terres inoccupées de la Couronne auxquelles les Indiens ont un droit d'accès, les terres faisant partie des réserves de gibier, des refuges d'oiseaux, des parcs provinciaux et des aires de protection de la faune.

Le procureur général du Canada ainsi que le Council for Yukon Indians sont intervenus pour appuyer la position de l'appelant Moosehunter. Le procureur général de l'Alberta est intervenu à l'appui du procureur général de la Saskatchewan. Permission d'intervenir a été accordée au procureur général de l'Ontario et à celui du Manitoba, mais ceux-ci se sont désistés avant l'audience.

Ce pourvoi est en grande partie vidé de son importance constitutionnelle par l'arrêt de cette

Court in *R. v. Sutherland, Wilson and Wilson* (judgment delivered June 27, 1980)[4]. The respondent Crown conceded that the judgment in *Sutherland* resolved the first two issues above in favour of the appellant. In respondent's submission, only the third question remained open.

It is necessary at this point to review briefly the facts and the reasoning in *Sutherland*. The respondents Sutherland and Wilson were apprehended while hunting for food, with the aid of spotlights, in the Mantagao Lake Wildlife Management Area of Manitoba. They were charged under s. 19(1) of *The Wildlife Act*, R.S.M. 1970, c. W140 with unlawfully at night using lighting or reflecting equipment for the purpose of hunting deer. The Crown relied on s. 49 of *The Wildlife Act* of Manitoba, a provision similar to s. 8(2) of *The Game Act, 1967*, of Saskatchewan:

49. 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.

This Court in a unanimous judgment held that s. 49 was *ultra vires* the Province of Manitoba. The section had effect only in relation to Indians and thus derogated from the right of the federal government to legislate in relation to Indians and Indian lands under s. 91(24) of the *B.N.A. Act*. The Court held that the Province could not arrogate to itself the right to amend, unilaterally, paragraph 13 of the Memorandum of Agreement approved under *The Manitoba Natural Resources Act* (the counterpart of paragraph 12 of the Saskatchewan Natural Resources Agreement) by

[4] (1980), 53 C.C.C. (2d) 289; [1980] 2 S.C.R. 451.

Cour *R. c. Sutherland, Wilson et Wilson*[4] (rendu le 27 juin 1980). Le ministère public intimé a concédé que l'arrêt *Sutherland* tranche en faveur de l'appelant les deux premières questions précitées. Selon ses prétentions, seule la troisième question reste sans réponse.

Il est nécessaire à ce stade-ci d'étudier brièvement les faits et le raisonnement suivi dans l'affaire *Sutherland*. Les intimés Sutherland et Wilson furent arrêtés alors qu'ils chassaient pour se nourrir à l'aide de projecteurs dans l'Aire de protection de la faune du lac Mantagao au Manitoba. Ils furent accusés en vertu du par. 19(1) de *The Wildlife Act*, R.S.M. 1970, chap. W140, d'avoir illégalement utilisé, la nuit, un équipement lumineux ou réfléchissant pour chasser le chevreuil. Le ministère public a invoqué l'art. 49 de *The Wildlife Act* du Manitoba, disposition semblable au par. 8(2) de *The Game Act, 1967*, de la Saskatchewan. Voici le texte de l'art. 49:

[TRADUCTION] **49.** 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.

Cette Cour a statué à l'unanimité que l'art. 49 excède la compétence de la province du Manitoba. L'article ne vise que les Indiens et déroge donc au droit du gouvernement fédéral de légiférer relativement aux Indiens et aux terres indiennes en vertu du par. 91(24) de l'*A.A.N.B.*. La Cour a décidé que la province ne pouvait s'approprier le droit de modifier unilatéralement la clause 13 de la Convention approuvée en vertu de *The Manitoba Natural Resources Act* (l'équivalent de la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles de la Saskatchewan) en donnant à des mots

[4] (1980), 53 C.C.C. (2d) 289; [1980] 2 R.C.S. 451.

giving words a particular interpretation. The Court then went on to consider whether the Mantagao Wildlife Management Area was unoccupied Crown land or land to which the Indians had a right of access, such that it fell within the provision in paragraph 13 of the 1930 Natural Resources Agreement. There had been concurrent findings in the courts below that the lands were 'occupied' and, in the circumstances, this Court did not find it necessary to review or disturb those findings. The appeal was resolved on the basis of a "right of access" to the lands in question. Right of access was defined as access for the purpose of hunting, trapping and fishing game and fish. It was recognized that a province could totally deny access to Indians and non-Indians alike for hunting, as in *R. v. Smith, supra*, but once any hunting is permitted, then Indians (and other members of the public) have a right of access for the purpose of hunting. This right of access engaged the proviso in paragraph 13 of the Manitoba Natural Resources Agreement, and guaranteed to the Indians the right to hunt for food at any season of the year. The Court summarized its reasons as follows:

> 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* (1975), 23 C.C.C. (2d) 73, 58 D.L.R.(3d) 1, [1976] 2 S.C.R. 137), hunting for food is permitted to the Indians, regardless of provincial curbs on season, method or limit: See *R. v. Wesley* (1932), 58 C.C.C. 269, [1932] 4 D.L.R. 774, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince and Myron v. The Queen*, [1964] 3 C.C.C. 2, 41 C.R. 403, [1964] S.C.R. 81; *R. v. McPherson*, [1971] 2 W.W.R. 640. It seems to me that this is the true meaning and intent of para. 13. [at p. 296]

In *Sutherland*, the area in question was one in which big game could legally be hunted and killed from time to time. It happened that on the day of the alleged offence, there was open season for black bear and grouse. The deer hunting season had been closed for three years. On these facts, the Court upheld the acquittal of Sutherland and

une interprétation particulière. La Cour s'est alors penchée sur la question de savoir si l'Aire de protection de la faune du lac Mantagao constituait des terres inoccupées de la Couronne ou des terres auxquelles les Indiens avaient un droit d'accès, de façon à relever des dispositions de la clause 13 de la Convention sur les ressources naturelles de 1930. Les cours d'instance inférieure avaient toutes conclu que les terres étaient «occupées» et, dans les circonstances, cette Cour n'a pas jugé nécessaire de réexaminer ou de modifier ces conclusions. Le pourvoi a été tranché sur le fondement d'un «droit d'accès» aux terres en question. Le droit d'accès a été défini comme un accès afin de chasser et de piéger le gibier et de pêcher le poisson. On a reconnu qu'une province peut refuser entièrement l'accès pour chasser tant aux Indiens qu'aux non-Indiens, comme dans l'affaire *R. c. Smith*, précitée, mais du moment qu'un type de chasse est permis, les Indiens (aussi bien que les autres membres du public) ont un droit d'accès pour chasser. Ce droit d'accès entraîne l'application de la restriction que comporte la clause 13 de la Convention sur les ressources naturelles du Manitoba et garantit aux Indiens le droit de chasser pour se nourrir en toute saison de l'année. La Cour a résumé ainsi ses motifs:

> 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*, (1975), 23 C.C.C. (2d) 73, 58 D.L.R. (3d) 1, [1976] 2 R.C.S. 137, indépendamment des restrictions provinciales relatives aux saisons, aux méthodes ou à la limite de prise: (Voir *R. v. Wesley* (1932), 58 C.C.C. 269, [1932] 4 D.L.R. 774, [1932] 2 W.W.R. 337; *Prince et Myron c. La Reine*, [1964] 3 C.C.C. 2, 41 C.R. 403, [1964] R.C.S. 81; *R. v. McPherson*, [1971] 2 W.W.R. 640. Tels me semblent être le sens et l'intention véritables de la clause 13. [à la p. 460]

Dans l'affaire *Sutherland*, il s'agissait de terres où il était permis à l'occasion de chasser le gros gibier. Le jour de l'infraction en cause, la chasse était ouverte pour l'ours noir et la gélinotte. La chasse au chevreuil était fermée depuis trois ans. Se fondant sur ces faits, la Cour a confirmé l'acquittement de Sutherland et de Wilson. Elle a

Wilson. The fact that on the day in question deer hunting was prohibited was considered to be irrelevant. The right of access required to engage the proviso was a right of access to hunt generally. Once a right to hunt was established, then Indians could hunt any species at any time of the year, as long as the hunting was for food and non-dangerous. The regulations in force in Manitoba on October 2, 1967, contemplated a right to hunt on the lands in question. Therefore the right of Indians to hunt these lands for food was constitutionally guaranteed and could not be abrogated by the Province of Manitoba.

I return to the case at bar. As already noted, the Crown concedes that in the light of *Sutherland*, the first two questions framed in the order of the Chief Justice are no longer in issue. Section 8(2) of the Saskatchewan *Game Act, 1967*, is analogous to s. 49 of *The Wildlife Act* of Manitoba and, like that section, is beyond provincial constitutional competence. Moreover, it is clear that Saskatchewan cannot apply s. 9(*a*) of its *Game Act, 1967*, to Indians hunting for food on unoccupied Crown lands or on any other lands to which Indians have a right of access. The Crown urges, however, that the third question in the order of the Chief Justice is essentially one of fact, and remains open, notwithstanding *Sutherland*.

There are difficulties with this submission. The Cookson Wildlife Management Unit was constituted by the Lieutenant Governor in Council by Regulation 136/70 of June 2, 1970. A review of the regulations passed under the Saskatchewan *Game Act, 1967*, indicates that hunting has consistently been permitted in wildlife management units. Each spring, the Province passes regulations defining the extent of hunting to be permitted during the ensuing year. These regulations continue in force until the next year, when they are repealed and new regulations enacted in their place. The history of hunting in the Cookson Wildlife Management Unit is as follows:

considéré qu'il n'était pas pertinent que, le jour en question, il fût interdit de chasser le chevreuil. Il fallait, pour entraîner l'application de la restriction, un droit général d'accès pour chasser. Une fois un droit de chasser établi, les Indiens pouvaient alors chasser toute espèce en toute saison de l'année, pourvu qu'ils le fissent pour se nourrir et d'une manière non dangereuse. Les règlements en vigueur au Manitoba le 2 octobre 1967 prévoyaient un droit de chasser sur les terres en question. Donc le droit des Indiens d'y chasser pour se nourrir était garanti par la Constitution et ne pouvait être abrogé par la province du Manitoba.

Je reviens à la présente affaire. Comme je l'ai déjà signalé, le ministère public concède que, compte tenu de l'arrêt *Sutherland*, les deux premières questions posées dans l'ordonnance du Juge en chef ne sont plus en litige. Le paragraphe 8(2) de *The Game Act, 1967*, de la Saskatchewan est semblable à l'art. 49 de *The Wildlife Act* du Manitoba et, à l'instar de ce dernier, il excède la compétence constitutionnelle provinciale. D'autre part, il est évident que la Saskatchewan ne peut appliquer l'al. 9*a*) de *The Game Act, 1967*, aux Indiens qui chassent pour se nourrir sur des terres inoccupées de la Couronne ou sur toutes les autres terres auxquelles les Indiens ont un droit d'accès. Le ministère public soutient toutefois que la troisième question posée dans l'ordonnance du Juge en chef en est essentiellement une de fait qui, malgré l'arrêt *Sutherland*, demeure sans réponse.

Cette prétention présente certaines difficultés. La Zone de protection de la faune de Cookson a été créée par le lieutenant-gouverneur en conseil par le Règlement 136/70 du 2 juin 1970. Il ressort de l'examen des règlements adoptés en application de *The Game Act, 1967*, de la Saskatchewan que la chasse a toujours été permise dans les zones de protection de la faune. Chaque printemps, la province adopte des règlements précisant les limites permises de la chasse pendant l'année qui suit. Ces règlements sont en vigueur jusqu'à l'année suivante, lorsqu'on les abroge et les remplace par de nouveaux règlements. Voici l'historique de la chasse dans la Zone de protection de la faune de Cookson:

Reg. 135/70 published June 12, 1970 (in force until July 9, 1971): hunting of elk permitted from November 16, 1970 to December 12, 1970 and from January 11, 1971 to January 23, 1971.

Reg. 192/71 published July 9, 1971 (in force until June 30, 1972): repealed reg. 135/70 and permitted hunting for elk from November 15, 1971 to December 11, 1971.

Reg. 115/72 published June 30, 1972 (in force until June 1, 1973): repealed reg. 192/71 and permitted hunting for elk from November 13, 1972 to December 9, 1972.

Reg. 54/73 published March 16, 1973: permitted hunting for bear from April 30, 1973 until May 19, 1973.

Reg. 118/73 published June 1, 1973 (in force until June 28, 1974): repealed reg. 115/72 and permitted hunting for elk from September 3 to September 12, 1973 and hunting for bear from September 17 to October 6, 1973.

Reg. 177/74 published June 28, 1974 (in force until May 30, 1975): repealed reg. 118/73, no hunting permitted in Cookson Wildlife Management Unit.

Reg. 130/75 published May 30, 1975 (in force until June 4, 1976): hunting for elk permitted from November 3, 1975 to November 8, 1975.

Regulation 130/75 was in force when Moosehunter killed a cow moose on January 12, 1976. The reasoning in *Sutherland* would seem to dictate the conclusion that, since the regulations in force on January 12, 1976 permitted hunting at some time during the period May 30, 1975, the date of publication of Regulation 130/75 to June 4, 1976, the date of repeal, Indians could hunt for food, and Moosehunter could not be prosecuted for killing a moose in January of 1976.

The Crown contended that this case is distinguishable from *Sutherland* on its facts. In *Sutherland*, there had been a right to hunt on the day in question, albeit not a right to hunt deer. In the present case, by way of contrast, there was no right to hunt anything on January 12, 1976. It was argued that the 'right of access' in paragraph 12 of the National Resources Agreement must be limited to a right of access on the particular day in question. This argument was considered and

Règlement 135/70 publié le 12 juin 1970 (en vigueur jusqu'au 9 juillet 1971): la chasse à l'élan permise du 16 novembre 1970 au 12 décembre 1970 et du 11 au 23 janvier 1971.

Règlement 192/71 publié le 9 juillet 1971 (en vigueur jusqu'au 30 juin 1972): abroge le règlement 135/70 et permet la chasse à l'élan du 15 novembre 1971 au 11 décembre 1971.

Règlement 115/72 publié le 30 juin 1972 (en vigueur jusqu'au 1er juin 1973): abroge le règlement 192/71 et permet la chasse à l'élan du 13 novembre 1972 au 9 décembre 1972.

Règlement 54/73 publié le 16 mars 1973: permet la chasse à l'ours du 30 avril 1973 au 19 mai 1973.

Règlement 118/73 publié le 1er juin 1973 (en vigueur jusqu'au 28 juin 1974): abroge le règlement 115/72 et permet la chasse à l'élan du 3 au 12 septembre 1973 et la chasse à l'ours du 17 septembre au 6 octobre 1973.

Règlement 177/74 publié le 28 juin 1974 (en vigueur jusqu'au 30 mai 1975): abroge le règlement 118/73, interdit la chasse dans la Zone de protection de la faune de Cookson.

Règlement 130/75 publié le 30 mai 1975 (en vigueur jusqu'au 4 juin 1976): permet la chasse à l'élan du 3 au 8 novembre 1975.

Le règlement 130/75 était en vigueur lorsque Moosehunter a abattu une femelle d'orignal le 12 janvier 1976. D'après le raisonnement suivi dans l'arrêt *Sutherland*, il faudrait conclure qu'étant donné que le règlement en vigueur le 12 janvier 1976 permettait la chasse à une certaine époque au cours de la période du 30 mai 1975, date de publication du Règlement 130/75, au 4 juin 1976, date de l'abrogation, les Indiens pouvaient chasser pour se nourrir et Moosehunter ne pouvait être poursuivi pour avoir abattu un orignal en janvier 1976.

Le ministère public a prétendu que les faits de la présente affaire la distinguent de l'affaire *Sutherland*. Là il y avait, le jour en question, un droit de chasser, bien que ce droit ne s'étendît pas à la chasse au chevreuil. En l'espèce, par contre, il n'y avait, le 12 janvier 1976, aucun droit de chasser quoi que ce soit. On a fait valoir que le «droit d'accès» de la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles doit être limité à un droit d'accès le jour précis en question. La Cour a

rejected by the Court in *Sutherland*, where it was stated:

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. [at p. 461]

Even in the absence of *Sutherland*, the Crown's argument on this point must be rejected. The proviso to paragraph 12 specifically provides that if Indians have a right of access to lands, they may hunt "at all seasons of the year". Thus any attempt by the Province to limit Indian hunting for food to specified times of the year would be in direct derogation of the terms of the 1930 Agreement.

In summary, the laws in force on January 12, 1976 contemplated a limited right to hunt on the land in questsion. This constituted a 'right of access' and engaged the proviso in paragraph 12 of the Natural Resources Agreement. In light of this conclusion, it becomes unnecessary to consider whether the Cookson unit was 'unoccupied' Crown land.

The position of Moosehunter is re-enforced by Treaty No. 6. The treaty covers land within the Cookson Wildlife Management Unit. It is the treaty discussed in *R. v. Smith, supra.* The pertinent paragraph reads as follows:

"Her Majesty further agrees with Her said Indians that they, the said Indians, shall have right to pursue their avocations of hunting and fishing throughout the tract surrendered as hereinbefore described, subject to such regulations as may from time to time be made by Her Government of Her Dominion of Canada, and saving and excepting such tracts as may from time to time be required or taken up for settlement, mining, lumbering or other purposes by Her said Government of

examiné et rejeté cet argument dans l'affaire *Sutherland*; elle y dit:

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 prévu dans la restriction. [aux pp. 461 et 462]

Même en l'absence de l'arrêt *Sutherland*, il faudrait rejeter l'argument du ministère public sur ce point. La restriction que comporte la clause 12 dispose précisément que si les Indiens ont un droit d'accès à des terres, ils peuvent y chasser «en toute saison de l'année». Ainsi toute tentative de la part de la province de limiter le droit de chasse des Indiens pour se nourrir à des périodes précises de l'année serait une dérogation directe aux termes de la Convention de 1930.

En résumé, les lois en vigueur le 12 janvier 1976 prévoyaient un droit limité de chasser sur les terres en question. Cela constitue un «droit d'accès» et entraîne l'application de la restriction de la clause 12 de la Convention sur les ressources naturelles. Vu cette conclusion, il devient superflu de se demander si la zone de Cookson est une terre «inoccupée» de la Couronne.

La position de Moosehunter est renforcée par le Traité nº 6 qui s'applique aux terres comprises dans la Zone de protection de la faune de Cookson. C'est le traité dont il est question dans l'arrêt *R. c. Smith*, précité. La clause qui nous intéresse est ainsi rédigée:

[TRADUCTION] «Sa Majesté consent en outre à ce que lesdits Indiens aient le droit de continuer à chasser et à pêcher sur tous les territoires cédés, décrits ci-dessus, sous réserve toutefois des règlements que peut établir à l'occasion le gouvernement du Dominion du Canada, et à l'exception des parcelles de terrain qui peuvent à l'occasion être requises à des fins de colonisation, d'exploitation minière, forestière ou autres, par le gouvernement du Canada, ou par l'un quelconque de ses sujets,

the Dominion of Canada, or by any of the subjects thereof duly authorized therefor by the said Government." [at pp. 436-7]

The Government of Canada can alter the rights of Indians granted under treaties (*Sikyea v. The Queen*)[5]. Provinces cannot. Through the Natural Resources Agreement, the federal government attempted to fulfil their treaty obligations to the Indians. The Province could not unilaterally affect the right of Indians to hunt for food on unoccupied Crown lands or lands to which they had a right of access. Any changes which would be required in the future could be negotiated and alterations made through the provisions for amendment contained in the Agreement.

The appeal should be allowed, the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal set aside, and the conviction of the appellant quashed. The appellant is entitled to the return of his 30-30 rifle. The questions should be answered in the following manner:

Question 1: Section 9(*a*) of *The Game Act, 1967*, 1967 (Sask.), c. 78 is valid provincial legislation but cannot operate to restrict the right of Indians to hunt in a non-dangerous manner for food in areas to which Indians have a right of access and where limited hunting is allowed.

Question 2: Section 8(2) of *The Game Act, 1967*, is *ultra vires* the Legislature of Saskatchewan.

Question 3: The Cookson Wildlife Management Unit is land to which the appellant at the time of his alleged offence had a right of access within paragraph 12 of the Natural Resources Agreement.

Appeal allowed.

[5] (1964), 2 C.C.C. 129.

dûment autorisé par ledit gouvernement.» [aux pp. 436 et 437]

Le gouvernement du Canada peut modifier les droits accordés aux Indiens en vertu de traités (*Sikyea v. The Queen*)[5]. Les provinces ne le peuvent. Au moyen de la Convention sur les ressources naturelles, le gouvernement fédéral a tenté de s'acquitter de ses obligations découlant des traités applicables aux Indiens. La province ne peut unilatéralement porter atteinte au droit des Indiens de chasser pour se nourrir sur les terres inoccupées de la Couronne ou sur les terres auxquelles ils ont un droit d'accès. Tout changement qui pourrait être requis dans l'avenir, pourrait faire l'objet de négociations et être apporté au moyen des dispositions de modification contenues dans la convention.

Le pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan infirmé et la déclaration de culpabilité de l'appelant annulée. L'appelant a droit à la restitution de sa carabine 30-30. Les questions doivent recevoir les réponses suivantes:

Question 1: L'alinéa 9*a*) de *The Game Act, 1967*, 1967 (Sask.), chap. 78, est un texte de loi provinciale valide, mais il ne peut avoir pour effet de limiter le droit des Indiens de chasser d'une façon non dangereuse pour se nourrir dans les endroits auxquels ils ont un droit d'accès et où une chasse limitée est autorisée.

Question 2: Le paragraphe 8(2) de *The Game Act, 1967*, est *ultra vires* de la Législature de la Saskatchewan.

Question 3: La Zone de protection de la faune de Cookson est une terre à laquelle l'appelant au moment de son infraction alléguée avait un droit d'accès au sens de l'article 12 de la Convention sur les ressources naturelles.

Pourvoi accueilli.

[5] (1964), 2 C.C.C. 129.

Solicitors for the respondent, appellant: Cherkewich and Pinel, Prince Albert.

Solicitor for the appellant, respondent: The Attorney General of Saskatchewan, Regina.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: The Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Council for Yukon Indians: Cable, Veale, Cosco, Morris, Whitehorse.

Procureurs de l'intimé, appelant: Cherkewich et Pinel, Prince Albert.

Procureur de l'appelante, intimée: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Council for Yukon Indians: Cable, Veale, Cosco, Morris, Whitehorse.

Order of Chartered Accountants of Quebec *Appellant*;

and

Gilles Goulet *Respondent*;

1981: March 12; 1981: April 6.

Present: Martland, Beetz, Estey, McIntyre and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Law of professions — Chartered accountant and licensed general accountant — "Acting in such a way as to lead to the belief" — Information wording — Professional Code, 1973 (Que.), c. 43, ss. 32, 37(b) — Chartered Accountants Act, 1973 (Que.), c. 64, s. 24.

Respondent was prosecuted under the *Summary Convictions Act* and s. 32 of the *Professional Code*. He was a member of the Professional Corporation of Licensed General Accountants of Quebec, and was charged with acting in such a way as to indicate that he was authorized to engage in public accountancy by attaching to financial statements a letter suggesting that he was a public accountant. In appellant's submission, s. 24 of the *Chartered Accountants Act* reserves the right to engage in public accountancy exclusively to members of the Order of Chartered Accountants of Quebec. Respondent maintained that para. (*b*) of s. 37 of the *Professional Code* allows him to do so in matters involving industrial or commercial accounting services.

Respondent was found guilty in the Court of Sessions of the Peace but acquitted by first the Superior Court and then the Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

There is no need in the case at bar for this Court to pronounce upon the interpretation to be given to the sections determining the respective legal limits of professional activity of chartered accountants and certified general accountants, since respondent should in any case be acquitted in view of the nature of the information and of the evidence. Neither the content of the letters written by respondent and the fact that he attached them to financial statements, nor the fact that he admitted he was not a member of the Order of Chartered Accountants and that he had been paid amounted on his part to acting in such a way as to lead to the belief that he was authorized to practise public accountancy. A person may very well engage in public accountancy without thereby acting in such a way as to lead to the belief that he is authorized to do so, and in the case at bar the

L'Ordre des comptables agréés du Québec *Appelant*;

et

Gilles Goulet *Intimé.*

1981: 12 mars; 1981: 6 avril.

Présents: Les juges Martland, Beetz, Estey, McIntyre et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit des professions — Comptable agréé et comptable général licencié — «Agir de manière à donner lieu de croire» — Libellé de la plainte — Code des professions, 1973 (Qué.), chap. 43, art. 32, 37b) — Loi des comptables agréés, 1973 (Qué.), chap. 64, art. 24.

L'intimé est poursuivi en vertu de la *Loi des poursuites sommaires* et de l'art. 32 du *Code des professions*. Membre de la Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec, il est accusé d'avoir agi de manière à laisser croire qu'il était autorisé à exercer la comptabilité publique en annexant à des états financiers une lettre donnant lieu de croire qu'il était un comptable public. Selon l'appelant, l'exercice de la comptabilité publique serait réservé, par l'art. 24 de la *Loi des comptables agréés*, aux seuls membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec. Selon l'intimé, l'al. *b*) de l'art. 37 du *Code des professions* lui permet cet exercice en autant qu'il s'agisse de comptabilité industrielle ou commerciale.

En Cour des sessions de la paix, l'intimé a été déclaré coupable mais la Cour supérieure et la Cour d'appel l'ont acquitté.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il n'est pas nécessaire en l'espèce que la Cour se prononce sur la question d'interprétation des dispositions délimitant les champs respectifs d'exercice des comptables agréés et des comptables généraux licenciés, vu que l'intimé doit de toute façon être acquitté eu égard au libellé de la plainte et à la preuve. Ni la teneur des lettres que l'intimé a écrites et qu'il a annexées aux états financiers, ni le fait qu'il admette qu'il n'était pas membre de l'Ordre des comptables agréés et qu'il avait été rémunéré, ne signifient qu'il ait agi de manière à donner lieu de croire qu'il était autorisé à exercer la comptabilité publique. On peut fort bien exercer cette dernière sans pour autant agir de manière à donner lieu de croire qu'on est autorisé à le faire et en l'espèce l'inculpation n'était pas d'avoir exercé la comptabilité

charge was not of having engaged in public accountancy, but of acting in such a way as to lead to the belief that he was authorized to do so.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec affirming a judgment of the Superior Court and reversing a decision of the Court of Sessions of the Peace. Appeal dismissed.

Bernard Roy, for the appellant.

Marcel Rivest, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—This appeal is from a judgment of the Court of Appeal of Quebec dismissing the appeal brought by the Order of Chartered Accountants of Quebec against a judgment of a justice of the Superior Court, sitting in appeal under the *Summary Convictions Act* of Quebec, R.S.Q. 1964, c. 35. In that judgment, the Superior Court justice acquitted respondent, whom a judge of the Court of Sessions of the Peace had found guilty on two charges, the content of which is essentially the same. It will suffice for the purposes of this appeal to reproduce here only one of these charges, indicating in parentheses those elements which vary from one information to the other:

[TRANSLATION](On or about May 31, 1975) acted in such a way as to lead to the belief that he was authorized to engage in a professional activity reserved to the members of the Professional Corporation of Chartered Accountants of Quebec, which is not permitted by law, by attaching to the financial statements which he prepared for (Ste-Anne Barbecue, in Ste-Anne de Beaupré) a letter suggesting that he is a public accountant, contrary to and in breach of the provisions of s. 32 of the Professional Code . . .

These charges were laid and decided in accordance with the *Summary Convictions Act* and in light of s. 32 of the *Professional Code*, 1973 (Que.), c. 43:

No person shall claim in any manner to be an advocate, notary, physician, dentist, pharmacist, optometrist, veterinary surgeon, agrologist, architect, engineer, land-surveyor, forest engineer, chemist, chartered accountant, radiological technician, dental technician, dispensing optician, chiropractor, hearing-aid acoustician, podiatrist or nurse, or use any title which may lead to the belief that he is one, or engage in a professional activity

publique, mais d'avoir agi de manière à laisser croire qu'on était autorisé à le faire.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un jugement de la Cour supérieure et renversant une décision de la Cour des sessions de la paix. Pourvoi rejeté.

Bernard Roy, pour l'appelant.

Marcel Rivest, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi attaque l'arrêt de la Cour d'appel du Québec rejetant l'appel interjeté par l'Ordre des comptables agréés du Québec suite à la décision d'un juge de la Cour supérieure siégeant en appel dans le cadre de la *Loi sur les poursuites sommaires* du Québec, S.R.Q. 1964, chap. 35. Par sa décision, le juge de la Cour supérieure acquittait l'intimé qu'un juge de la Cour des sessions de la paix avait déclaré coupable sur deux inculpations dont la teneur est essentiellement la même. Il suffira pour les fins de ce pourvoi d'en reproduire ici une seule quitte à mettre entre parenthèses les éléments qui varient d'une plainte à l'autre:

(Le ou vers le 31 mai 1975), a agi de manière à donner lieu de croire qu'il était autorisé à exercer une activité professionnelle réservée aux membres de la Corporation professionnelle de l'Ordre des comptables agréés du Québec, ceci alors que la loi ne le permet pas, en annexant aux états financiers qu'il a préparés pour (Ste-Anne Barbecue, de Ste-Anne de Beaupré), une lettre qui donne lieu de croire qu'il est un comptable public, contrairement aux et en violation des dispositions de l'article 32 du Code des professions . . .

Ces inculpations ont été portées et décidées en vertu de la *Loi sur les poursuites sommaires* et en regard de l'art. 32 du *Code des professions*, 1973 (Qué.), chap. 43:

Nul ne peut de quelque façon prétendre être avocat, notaire, médecin, dentiste, pharmacien, optométriste, médecin, vétérinaire, agronome, architecte, ingénieur, arpenteur-géomètre, ingénieur forestier, chimiste, comptable agréé, technicien en radiologie, denturologiste, opticien d'ordonnances, chiropraticien, audio-prothésiste, podiatre, infirmière ou infirmier, ni utiliser un titre pouvant laisser croire qu'il l'est, ni exercer une activité

reserved to the members of a professional corporation, claim to have the right to do so or act in such a way as to lead to the belief that he is authorized to do so, unless he holds a valid, appropriate permit and is entered on the roll of the corporation empowered to issue the permit, unless it is allowed by law. (Emphasis is mine.)

Appellant argues that the evidence showed that the accused, a certified general accountant, and a member of the Professional Corporation of Licensed General Accountants of Quebec, acted in such a way as to indicate that he was authorized to engage in public accountancy and therefore in breach of the Code; in appellant's submission, s. 24 of the *Chartered Accountants Act*, 1973 (Que.), c. 64, reserves exclusively to members of the Order of Chartered Accountants of Quebec the right to engage in public accountancy. Respondent pleads that para. (*b*) of s. 37 of the *Professional Code* allows him to do so in matters involving industrial or commercial accounting services.

Respondent further argues that, even if this Court concludes that he was not entitled to engage in industrial or commercial public accountancy, he should nonetheless be acquitted in view of the nature of the information and of the evidence in the case at bar.

With this latter submission, I agree; as a result, that issue no longer arises and there is therefore no need for this Court to pronounce upon the interpretation to be given to the sections determining the respective legal limits of professional activity of chartered accountants and certified general accountants.

For the purposes of this appeal, therefore, it will suffice to cite ss. 24 and 19 of the *Chartered Accountants Act* and s. 37 of the *Professional Code*:

24. Subject to the rights and privileges expressly granted by law to other professionals, no person may practise public accountancy unless he is a chartered accountant.

. . .

19. Engagement by a person, for remuneration, in the art or science of accountancy or in the auditing of books or accounts and the offer of his services to the public for

professionnelle réservée aux membres d'une corporation professionnelle, prétendre avoir le droit de le faire ou agir de manière à donner lieu de croire qu'il est autorisé à le faire, s'il n'est détenteur d'un permis valide et approprié et s'il n'est inscrit au tableau de la corporation habilitée à délivrer ce permis, sauf si la loi le permet. (C'est moi qui souligne.)

L'appelant prétend que la preuve établit que l'inculpé, un comptable général licencié, membre de la Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec, a, contrairement à la loi, agi de manière à laisser croire qu'il était autorisé à exercer la comptabilité publique; selon l'appelant, l'art. 24 de la *Loi des comptables agréés*, 1973 (Qué.), chap. 64, réserve aux seuls membres de l'Ordre des comptables agréés du Québec l'exercice de la comptabilité publique. Selon l'intimé, l'al. *b*) de l'art. 37 du *Code des professions* le lui permet en autant qu'il s'agisse de comptabilité industrielle ou commerciale.

L'intimé plaide de plus que même si nous en venions à la conclusion qu'il n'avait pas le droit d'exercer la comptabilité publique industrielle ou commerciale, il devrait néanmoins être acquitté eu égard au libellé de la plainte et à la preuve en l'espèce.

J'estime qu'il a raison sur ce dernier point; aussi, n'y aura-t-il pas lieu de nous prononcer sur la question d'interprétation des dispositions délimitant les champs respectifs d'exercice des comptables agréés et des comptables généraux licenciés, puisqu'elle ne se pose dès lors plus.

Pour les fins de ce pourvoi, il suffira donc de citer les art. 24 et 19 de la *Loi des comptables agréés* ainsi que l'art. 37 du *Code des professions:*

24. Sous réserve des droits et privilèges expressément accordés par la loi à d'autres professionnels, nul ne peut exercer la comptabilité publique, s'il n'est pas comptable agréé.

. . .

19. Constitue l'exercice de la comptabilité publique le fait pour une personne de s'engager, moyennant rémunération, dans l'art ou la science de la comptabilité ou

such purposes constitutes the practice of public accountancy.

However, a person does not practise public accountancy within the meaning of this act if he acts exclusively as a book-keeper, provided that if he offers his services to the public, he advertises only as a book-keeper.

. . .

37. Every person entered on the roll of one of the following professional corporations may engage in the following professional activities in addition to those otherwise allowed him by law:

(*a*) . . .

(*b*) the Professional Corporation of Certified General Accountants of Quebec: perform book-keeping and industrial or commercial accounting services;

Assuming, without deciding the point, the appellant is correct in interpreting these provisions as denying to certified general accountants the right to engage in public accountancy, the question when considered in light of the charge is whether the content of the letters written by respondent and the fact that he attached them to financial statements amounted on his part to acting "in such a way as to lead to the belief that he [was] authorized to" (*Professional Code, supra*, s. 32) "practise public accountancy" (*Chartered Accountants Act, supra*, s. 24).

It is convenient to reproduce both of these letters here:

[TRANSLATION]

Gilles Goulet
CERTIFIED GENERAL ACCOUNTANT
Tel: 827-2298
9497 boul. Ste-Anne, Ste-Anne de Beaupré, Que.
G0A 3C0

Accountant's remarks

Ste-Anne Texaco Service Enr.
Messrs. Claude Cloutier and
Gilbert Gagnon, prop.
9698 Boul. Ste-Anne
Ste-Anne de Beaupré, Que.

Dear Sirs:

I have prepared the statement of income and expenditure for the fiscal year ending on February 28, 1975,

dans la vérification des livres ou comptes et d'offrir ses services au public à ces fins.

Toutefois, une personne n'exerce pas la comptabilité publique au sens de la présente loi si elle agit exclusivement comme teneur de livres, pourvu, si elle offre ses services au public, qu'elle s'annonce seulement comme teneur de livres.

. . .

37. Toute personne inscrite au tableau d'une des corporations professionnelles suivantes peut exercer les activités professionnelles suivantes, en outre de celles qui lui sont autrement permises par la loi:

a) . . .

b) la Corporation professionnelle des comptables généraux licenciés du Québec: rendre des services de tenue de livres et de comptabilité industrielle ou commerciale;

Tenant pour acquis, sans pour autant en aucune façon en décider ici, que l'appelant a raison d'interpréter ces dispositions comme refusant aux comptables généraux licenciés le droit d'exercer la comptabilité publique, la question qui se pose en regard de la plainte est dès lors celle de savoir si la teneur des lettres que l'intimé a écrites et le fait pour lui de les avoir annexées aux états financiers équivalait de sa part, à «agir de manière à donner lieu de croire qu'il était autorisé à» (*Code des professions*, précité, art. 32) «exercer la comptabilité publique» (*Loi des comptables agréés*, précitée, art. 24).

Il n'est pas inutile de reproduire ici les deux lettres:

Gilles Goulet
COMPTABLE GENERAL LICENCIE
Tél. 827-2298
9497, boul. Ste-Anne, Ste-Anne de Beaupré, Qué.
G0A 3C0

Commentaires du comptable

Ste-Anne Texaco Service Enr.,
MM. Claude Cloutier et
Gilbert Gagnon, prop.,
9698, Boul. Ste-Anne,
Ste-Anne de Beaupré, P.Q.

Messieurs,

J'ai dressé l'état des revenus et dépenses pour l'exercice terminée (*sic*) le 28 février 1975, d'après les livres

using the books of Ste-Anne Texaco Service Enr. and information supplied to me.

I have undertaken to make no audit and I therefore express no opinion on these financial statements.

These financial statements are submitted with comparative figures for 1974, contained in the financial statements prepared by the firm of Pierre Racine et Cie, C.A.. I have not audited these amounts.

Trusting that this will be entirely to your satisfaction, and thanking you for your confidence in my firm.

Yours very truly,

(signed)
Gilles Goulet
Certified General Accountant

Ste-Anne de Beaupré,
June 19, 1975.

[TRANSLATION]

Gilles Goulet
CERTIFIED GENERAL ACCOUNTANT
Tel. 827-2298
9497 boul. Ste-Anne, Ste-Anne de Beaupré, Que.
G0A 3C0

Accountant's remarks

To Shareholders of Ste-Anne B.B.Q., Inc.
Rôtisserie Ste-Anne Inc.
9309 boul. Ste-Anne
Ste-Anne de Beaupré, Que.

Dear Sirs:

I have examined the balance sheet of Ste-Anne B.B.Q. Inc.—Rôtisserie Ste-Anne Inc., at May 31, 1975, and the statement of undistributed profits, the statement of income and expenditure and the statement of the source and use of funds for the fiscal year ending on this date.

I have relied on the entries made by the company's bookkeepers and have not made any test or audit of the amounts entered. However, I have analysed the capital assets and certain expenditure accounts which appear to me to be significant. I have not confirmed with banks, creditors or debtors amounts to their credit.

These financial statements are submitted with comparative figures for 1974, which I have taken from the financial statements prepared by the firm of Pierre Racine et Cie, C.A.. I have included these for purposes of comparison only and if anyone wishes to draw any conclusions as to their value, he should examine the original financial statements and the comments of the expert accountant attached thereto.

de Ste-Anne Texaco Service Enr. et sur la foi des renseignements qui m'ont été fournis.

Je n'ai pas effectué de vérification et je ne peux donc pas exprimer d'opinion sur ces états financiers.

Ces états financiers sont présentés avec les chiffres comparatifs de 1974, lesquels apparaissaient aux états financiers préparés par la firme Pierre Racine et Cie, C.A.. Je n'ai fait aucune vérification de ces montants.

J'espère que le tout sera à votre entière satisfaction et je vous remercie de la confiance que vous témoignez à mon bureau.

Votre tout dévoué,

(signature)
Gilles Goulet
Comptable Général Licencié

Ste-Anne de Beaupré,
Ce 19 juin 1975.

Gilles Goulet
COMPTABLE GENERAL LICENCIE
Tél. 827-2298
9497, boul. Ste-Anne, Ste-Anne de Beaupré, Qué.
G0A 3C0

Commentaires du comptable

Aux actionnaires de Ste-Anne B.B.Q. Inc.,
Rôtisserie Ste-Anne Inc.,
9309, Boul. Ste-Anne,
Ste-Anne de Beaupré, P.Q.

Mesdames, Monsieur,

J'ai examiné le bilan de Ste-Anne B.B.Q. Inc.—Rôtisserie Ste-Anne Inc. au 31 mai 1975 ainsi que l'état des bénéfices non répartis, l'état des revenus et dépenses ainsi que l'état de la provenance et de l'utilisation des fonds de l'exercice annuel terminée (*sic*) à cette date.

Je me suis basé sur les inscriptions faites par les teneurs de livres de la compagnie et je n'ai fait aucun sondage ou vérification des montants inscrits. J'ai toutefois fait une analyse des immobilisations et de certains comptes de dépenses qui m'ont semblé importants. Je n'ai pas confirmé auprès des banques et des créanciers ou débiteurs les soldes à leur compte.

Ces états financiers sont présentés avec les chiffres comparatifs de 1974, lesquels j'ai relevé dans les états financiers préparés par la firme Pierre Racine & Cie, C.A.. Je les ai inscrits seulement pour fins de comparaison et si quelqu'un voulait porter un jugement sur leur valeur, il faudrait qu'il examine les états financiers originaux ainsi que les commentaires de l'expert-comptable qui y sont attachés.

Accordingly, I express no opinion on these financial statements, because I am not in a position to do so. I only present the facts as they were supplied to me.

Thanking you for your confidence in my firm, and please do not hesitate to contact me if you require further information.

Yours very truly,
(signed)
Gilles Goulet
Certified General Accountant

Ste-Anne de Beaupré
July 7, 1975.

In addition to these two letters, the evidence contains two admissions by respondent, namely, that he was not a member of the Order of Chartered Accountants, and that he was paid for the accounting work done for these two clients.

Such evidence could perhaps have been a basis for a finding that respondent was guilty on a charge of having engaged in public accountancy, but not on one of acting in such a way as to lead to the belief that he was authorized to do so.

A person may very well engage in public accountancy without thereby acting in such a way as to lead to the belief that he is authorized to do so; he may even do so while warning his clients that he is not entitled to do so; conversely, one can just as easily claim to have the right to do so without actually doing so.

Considering the charge and the evidence adduced in its support I would conclude, like the Superior Court justice, that Mr. Goulet should be acquitted, though for different reasons.

I would dismiss this appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Ogilvy & Renault, Montreal.

Solicitors for the respondent: Jasmin, Rivest, Castiglio, Castiglio & Lebel, Montreal.

Je n'exprime donc aucune opinion sur ces états financiers, car je ne suis pas en mesure de le faire. Je présente seulement les faits tels qu'ils m'ont été fournis.

Je vous remercie de la confiance que vous témoignez à mon bureau, et n'hésitez pas à communiquer avec moi si des renseignements supplémentaires vous étaient nécessaires. Veuillez me croire,

Votre tout dévoué,
(signature)
Gilles Goulet,
Comptable Général Licencié.

Ste-Anne de Beaupré,
Le 7 juillet 1975.

Outre ces deux lettres, la preuve à charge comporte deux admissions de l'intimé, savoir, qu'il n'était pas membre de l'Ordre des comptables agréés, et qu'il avait été rémunéré pour les travaux comptables faits pour le compte de ces deux clients.

Cette preuve eût peut-être permis de conclure à la culpabilité de l'intimé sur l'inculpation d'avoir exercé la comptabilité publique, mais pas sur celle d'avoir agi de manière à donner lieu de croire qu'il était autorisé à le faire.

On peut fort bien exercer la comptabilité publique sans pour autant agir de manière à donner lieu de croire qu'on est autorisé à le faire; on peut même le faire tout en avertissant ses clients qu'on n'en a pas le droit; à l'inverse, on peut tout autant prétendre avoir le droit de le faire sans effectivement le faire.

Vu la dénonciation et la preuve, je suis d'avis, quoique pour des raisons différentes, de conclure comme le juge de la Cour supérieure à l'acquittement de monsieur Goulet.

Je serais d'avis de rejeter ce pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Ogilvy & Renault, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Jasmin, Rivest, Castiglio, Castiglio & Lebel, Montréal.

Donald Vaccher, Owner of the Ship "Blue Waters" and the Ship "Blue Waters"
Appellants;

and

Donald Henry Kaufman and Jan Jacobson
Respondents.

1980: June 19; 1981: April 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Maritime law — Collision — Negligence — Liability of owner of vessel — Applicability of statutory limitation to liability — Whether or not loss occurred without actual fault or privity of vessel's owner — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647(2), 649(1).

This action for damages brought by respondent arose out of a maritime collision. On a clear night, appellant's vessel collided with and sank respondent's vessel which had been at anchor and properly lighted. The two inexperienced crew members in charge of appellant's vessel at the time of the collision had misjudged the distance between vessels. While the appellant ship owner's acts were not "the sole or next or chief cause" of the collision, he had been aware of the two crew members' lack of experience and had cautioned one to rouse him should they have any doubts or difficulties. The main issue was appellant's assertion that any damage occurred without his actual fault or privity and that his possible liability was limited by the provisions of the *Canada Shipping Act*.

Held: The appeal should be dismissed.

Appellant appealed from a judgment of the Federal Court of Appeal which varied the judgment rendered at trial and concluded that the appellant was not entitled to limit his liability to damages of 300,000 gold francs in his capacity as owner of the vessel.

A ship owner, even if it could be shown that he was not "the sole or next or chief cause" of the collision, would nevertheless not be entitled to limit his liability unless he were able to show that in his capacity as owner he was "in no way in fault or privy to what occurred". Appellant Vaccher did not discharge that heavy onus. The decision to employ inexperienced men with a view

Donald Vaccher, propriétaire du navire «Blue Waters» et le navire «Blue Waters»
Appelants;

et

Donald Henry Kaufman et Jan Jacobson
Intimés.

1980: 19 juin; 1981: 6 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit maritime — Abordage — Négligence — Responsabilité du propriétaire du navire — Applicabilité de la limitation de responsabilité prévue dans la Loi — La perte s'est-elle produite sans la faute ou complicité du propriétaire du navire? — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647(2), 649(1).

L'action en dommages a été intentée par les intimés par suite d'un abordage. Par une nuit claire, le navire de l'appelant a abordé et coulé le navire de l'intimé qui était au mouillage et dont les feux étaient bien allumés. Les deux membres inexpérimentés de l'équipage responsables du navire de l'appelant au moment de l'abordage ont mal jugé la distance entre les navires. Même si les actes du propriétaire ne sont ni «l'unique cause, ni la cause prochaine ou la cause principale» de l'abordage, celui-ci était au courant du manque d'expérience de ses deux membres d'équipage et il avait averti l'un d'eux de le réveiller s'ils avaient quelque doute ou difficulté. Le point principal tient à l'affirmation de l'appelant selon laquelle s'il y a eu dommage, c'est sans sa faute ou complicité réelle et sa responsabilité éventuelle est limitée en vertu des dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'appelant se pourvoit à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui modifie le jugement rendu en première instance et qui conclut que l'appelant ne pouvait pas limiter sa responsabilité pour dommages à 300,000 francs-or en tant que propriétaire du navire.

Même si l'on peut démontrer que le propriétaire d'un navire n'est ni «l'unique cause, ni la cause prochaine, ni la cause principale» de l'abordage, celui-ci ne peut se prévaloir de la limitation de responsabilité à moins de pouvoir démontrer, qu'à titre de propriétaire «l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de sa part». L'appelant Vaccher n'a pas rempli cette lourde

to having them in charge of the ship constituted fault on Vaccher's part, and while not "the sole or next or chief cause" of the mishap, it was a circumstance which prevented the owner from discharging the burden resting on him to show he was "no way in fault or privy to what occurred". Vaccher should have realized the potential for danger. No practice whereby inexperienced crew members were permitted to stand watches and take turns at the wheel without supervision was established by the evidence.

The protection afforded by the limitation of liability provisions does not extend to the relief of ship owners deliberately employing crew, known to them to be inexperienced, for the purpose of undertaking a voyage involving danger to other shipping. In employing these young men Vaccher was acting in his capacity as owner and his error in overestimating their competence as seamen was a fault which precluded him from enjoying the provisions of s. 647.

The limitation of liability found in s. 649 did not apply to the circumstances.

Stein Estate v. The Ship "Kathy K", [1976] 2 S.C.R. 802; *British Columbia Telephone Company and other persons v. Marpole Towing Limited* [*Chugaway II*], [1971] S.C.R. 321, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], varying a judgment rendered at trial and concluding that statutory limitation of damages recognized at trial was not available to appellant. Appeal dismissed.

A. B. Oland, for the appellants.

Timothy P. Cameron, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal varying the judgment rendered at trial by Mr. Justice Collier and concluding that the appellant was not entitled to limit his liability to damages in the amount of 300,000 gold francs in his capacity as owner of the vessel *Blue Waters* when that vessel collided with and sank the motor vessel *Centennial 71*.

[1] (1979), 30 N.R. 91; (1979), 106 D.L.R. (3d) 658.

obligation. La décision de Vaccher d'employer des hommes sans expérience avec l'intention de leur laisser la responsabilité de son navire constitue une faute de sa part qui, même si elle n'est ni «l'unique cause, ni la cause prochaine, ni la cause principale» de l'accident, constitue un élément qui l'empêche de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de démontrer que l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de sa part. Vaccher aurait dû se rendre compte du risque d'accident. Rien dans la preuve n'a établi l'existence d'un usage qui permettrait à des membres d'équipage sans expérience de prendre le quart et de se relayer à la barre sans surveillance.

La protection accordée par les dispositions limitatives de responsabilité ne va pas jusqu'à protéger les propriétaires de navires quand ils font délibérément appel à un équipage qu'ils savent sans expérience pour un trajet qui comporte des risques pour les autres navires. En employant ces jeunes gens, Vaccher agissait à titre de propriétaire et en surestimant leur compétence comme navigateurs il a commis une faute qui l'empêche de se prévaloir des dispositions de l'art. 647.

La limitation de responsabilité prévue à l'art. 649 ne s'applique pas aux circonstances.

Jurisprudence: *La succession Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *British Columbia Telephone Company et autres personnes c. Marpole Towing Limited* [*Chugaway II*], [1971] R.C.S. 321.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a modifié un jugement de première instance et conclu que l'appelant ne peut se prévaloir du droit que leur avait reconnu le juge de première instance de limiter sa responsabilité. Pourvoi rejeté.

A. B. Oland, pour les appelants.

Timothy P. Cameron, 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 fédérale qui a modifié le jugement rendu en division de première instance par M. le juge Collier lequel conclut que l'appelant ne pouvait pas limiter sa responsabilité pour dommages à 300,000 francs-or en tant que propriétaire du navire *Blue Waters* en raison de l'abordage du navire *Centennial 71* et du naufrage de celui-ci.

[1] (1979), 30 N.R. 91; (1979), 106 D.L.R. (3d) 658.

This action was a claim for damages brought by the respondents arising out of the collision above referred to. The respondent Kaufman was the owner of the MV *Centennial 71* and the respondent Jacobson was one of his crew. The appellant Vaccher was the owner of *Blue Waters*. Both were fishing vessels, the *Blue Waters* being a steel trawler, whereas *Centennial 71* was a smaller wooden fishing vessel. I adopt the following recitation of the relevant facts to be found in the reasons for judgment of the Court of Appeal:

The collision took place in Queen Charlotte Sound on June 5, 1977, at about 11:00 p.m., at which time the appellants' vessel was at anchor exhibiting the regulation anchor light. The respondent's vessel was under way and the collision resulted in the total loss of the motor vessel "CENTENNIAL 71". Two young crew members, Olson and Redman, were in charge of the vessel at the time of the collision.

After reciting the facts in his Reasons, the learned Trial Judge made the following findings . . . :

> I have little hesitation in coming to the conclusion these two young seamen were negligent. They ran over and sank, on a clear night, an admittedly normally lighted anchored small vessel. That was inexcusable. The defendant Vaccher, as owner, is liable for their negligence.

This portion of the Judgment of the learned Trial Judge is not under appeal.

The respondent, Vaccher, however, counter-claimed to limit his liability to the value of 1,000 gold francs per ton in respect of a tonnage of 300 tons pursuant to the provisions of the *Canada Shipping Act*. The learned Trial Judge found that Vaccher was entitled to limit his liability as provided by that Act. It is from that part of the Judgment that the appellants appeal.

At the time of the collision the *Blue Waters* was manned by Donald Vaccher, the master, and the following three crew members: (1) Trevor Redman who was the engineer of whom Vaccher said he "basically changed oil in the engines and fuel filter and stuff like that", but also had deck duties; (2) Olson, who had joined the vessel in mid-April 1977, after which she had spent a month in dry dock in Vancouver prior to the date of the collision; and Leo Palmer who was the cook but also

Par leur action, les intimés réclamaient des dommages-intérêts en raison de l'abordage déjà mentionné. L'intimé Kaufman était propriétaire du navire *Centennial 71* et l'intimé Jacobson était de l'équipage. L'appelant Vaccher était propriétaire du *Blue Waters*. Les deux étaient des navires de pêche, le *Blue Waters* un chalutier d'acier tandis que le *Centennial 71* était un vaisseau de pêche en bois plus petit. Je retiens le récit suivant des faits pertinents tel qu'il se trouve dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel:

L'abordage a eu lieu dans le bassin Reine-Charlotte, le 5 juin 1977 à environ 11 heures du soir, alors que le navire des appelants était au mouillage, feu de mouillage allumé. Le navire de l'intimé était en marche et l'abordage a provoqué la perte totale du navire *Centennial 71*. Deux jeunes membres de l'équipage, Olson et Redman, dirigeaient le navire au moment de l'accident.

Après avoir relaté les faits dans ses motifs, le savant juge de première instance a conclu de la manière suivante . . . :

> J'en arrive, sans beaucoup d'hésitation, à la conclusion que ces deux jeunes marins ont été négligents. Ils ont abordé et coulé, par une nuit claire, un petit navire au mouillage qu'on a reconnu normalement éclairé. Cette faute était inexcusable. En sa qualité de propriétaire, le défendeur Vaccher est responsable de leur négligence.

Il n'y a pas appel de cette partie du jugement de première instance.

Cependant l'intimé Vaccher a fait une demande reconventionnelle tendant à la limitation de sa responsabilité à mille francs-or par tonne pour un tonnage de 300 tonnes, conformément aux dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Le savant juge de première instance a conclu que Vaccher avait droit à la limitation de responsabilité prévue par la Loi. Le présent appel attaque cette partie du jugement.

Au moment de la collision, se trouvaient sur le *Blue Waters* Donald Vaccher, le capitaine et les trois hommes d'équipage suivants: (1) Trevor Redman qui était mécanicien et qui, d'après Vaccher «faisait essentiellement les changements d'huile des moteurs, les changements de filtres à carburant et des travaux semblables» et qui avait aussi des fonctions de pilotage; (2) Olson qui faisait partie de l'équipage depuis la mi-avril 1977, le navire ayant été depuis lors en cale sèche pen-

had some deck duties. All these young men were, to Vaccher's knowledge, inexperienced in the ways of seamanship and navigation and this is apparent from Vaccher's own evidence respecting Olson who was on "wheel watch" when the collision occurred. This is made clear from the following passage from the judgment of the learned trial judge:

> Olson is now 22 years old. He has a grade 11 education. He had, prior to joining the *Blue Waters*, worked for two years as a logger. He joined the vessel about the middle of April, 1977. The vessel operated out of Prince Rupert. On his first trip out he was an "in-breaker". That means he went along as an extra man, learning what to do on board the vessel, in respect of its operation and navigation, and in respect of its business of catching fish. On the second trip he was a regular crew member. On that trip the vessel continued to Vancouver for an annual re-fit. She was there for approximately a month. The third trip was the one I have described, from Vancouver to the Goose Island grounds.

Vaccher himself gave the following evidence in this regard:

> Q. Would you not agree with me that insofar as the ability to navigate a large fishing vessel at night, he was relatively inexperienced?
>
> A. There's no doubt he was inexperienced, but I believed he had enough knowledge to do the job I asked him to do.
>
> Q. Well, this accident wouldn't have happened if you had been at the wheel, would it?
> A. I don't believe it would have. It's only an opinion.

Shortly before the collision, Olson retired to the washroom and Vaccher went to bed leaving the navigation of the vessel to Redman.

The events of the evening of June 5th prior to the collision are accurately described by the trial judge in the following passage:

> The *Blue Waters* set out about 10:30 p.m. Vaccher laid out a course of 317 degrees true. He set it on the auto-pilot. He told Olson to take the first two hours wheel watch, to be succeeded by Redman, and then

dant un mois, à Vancouver, avant l'abordage, et Leo Palmer, le cuisinier qui avait aussi des fonctions de pilotage. Tous ces jeunes hommes étaient, à la connaissance de Vaccher, inexpérimentés dans la manœuvre et la navigation comme il ressort du témoignage même de Vaccher à propos d'Olson qui se trouvait de quart au moment de la collision. C'est ce que dit expressément le passage suivant des motifs du juge de première instance:

> Olson a maintenant 22 ans. Son niveau scolaire correspond à celui de la onzième année. Avant de faire partie de l'équipage du *Blue Waters*, il avait travaillé pendant deux ans comme bûcheron. Il faisait partie de l'équipage du navire depuis la mi-avril 1977. Le port d'attache du navire se trouvait à Prince Rupert. Lors de son premier voyage, il était «à l'essai». Cela signifie qu'il servait d'homme à tout faire, qu'il apprenait ce qu'il devait faire à bord du navire, tant en matière de manœuvre et de navigation qu'en matière de pêche. Lors du deuxième voyage, il était membre d'équipage à plein titre. Pendant ce voyage, le navire a continué sa route jusqu'à Vancouver pour une révision annuelle. Le navire y est resté pendant environ un mois. Le troisième voyage était celui que j'ai décrit, c'est-à-dire de Vancouver jusqu'aux lieux de pêche des îles Goose.

Vaccher a personnellement rendu le témoignage suivant sous ce rapport:

> [TRADUCTION] Q. Seriez-vous d'accord avec moi qu'en ce qui concerne la capacité de diriger un gros navire de pêche la nuit, il était relativement inexpérimenté?
> R. Il manquait certainement d'expérience mais j'estime qu'il avait suffisamment de connaissances pour mener à bien le travail que je lui demandais de faire.
>
> Q. Ne diriez-vous pas que l'accident n'aurait pas eu lieu si vous aviez vous-même été à la barre?
> R. Je ne crois pas que l'accident serait survenu, mais ce n'est là que mon opinion personnelle.

Quelques minutes avant la collision, Olson était allé aux toilettes et Vaccher était allé se coucher laissant le pilotage du navire à Redman.

Le juge de première instance relate de façon précise dans le passage suivant les événements de la soirée du 5 juin qui ont précédé l'abordage:

> Le *Blue Waters* quitta les lieux vers 22 h 30. Vaccher traça une route au cap vrai de 317 degrés, puis il l'établit sur le pilote automatique. Il ordonna à Olson de prendre les deux premières heures de quart à la barre, et

Palmer. He told Olson *there might be anchored "boats" in the area, and to keep his eyes open for them*; if he had any doubts or problems, Olson was to call him. Vaccher, about ten to eleven, went to his cabin. He slept. He was awakened, by the collision. [The italics are my own.]

The finding of the learned trial judge with respect to the actions of these two young men is to be found in the following paragraphs of his judgment:

Counsel for the defendants argued there was no negligence on the part of Olson and Redman; the collision was a pure accident; the only criticism that could be levelled against them was an error in visual perception; this was not negligence in law.

I disagree.

The look-out or observations by Olson and Redman were, in my view, faulty. They completely misjudged the distance away of the *Centennial* 71. That fault, and negligence, cannot be excused on the grounds of inexperience or of some error in distance perception.

There is thus a clear finding of negligence by the trial judge on the part of the two young crewmen in charge of the navigation of the ship immediately before and at the time of the collision.

The fact that Vaccher as owner of the *Blue Waters* was liable for the negligence of the two young crewmen on the basis of *respondeat superior*, is not disputed but, as has been indicated, the main issue raised by this appeal is concerned with the effect, if any, to be given to the counterclaim filed by Vaccher whereby he asserted that if the plaintiffs (the present respondents) had any claim against him and if any loss or damage was caused to any property of theirs, all of which is denied, the said damage occurred.

... *without the actual fault or privity of the Defendant Donald Vaccher*, owner of the vessel "BLUE WATERS" and the Defendant Donald Vaccher pleads the provisions of Sections 647, 649, 651, 652 and 653 of The Canada Shipping Act, R.S. C. 29 [*sic*], and claims to limit his liability to the value of 1,000 Gold Francs per ton in respect of the tonnage of 300 tons of the said "BLUE WATERS". [The italics are my own.]

de se faire relayer par Redman qui laisserait ensuite la barre à Palmer. Il avertit Olson *qu'il pourrait se trouver des «bateaux» au mouillage dans les environs, et par conséquent, d'ouvrir l'œil*; s'il avait quelques doutes ou problèmes, Olson devait l'appeler. Vers 22 h 40, Vaccher a regagné sa cabine. Il s'est endormi. Il a été réveillé par l'abordage. [Les italiques sont de moi.]

On trouve dans les alinéas qui suivent des motifs de jugement les conclusions du juge de première instance à propos de la conduite de ces deux jeunes hommes:

L'avocat des défendeurs a prétendu qu'il n'y avait eu aucune négligence de la part d'Olson et de Redman; l'abordage était tout simplement un accident; le seul reproche qu'on pourrait leur faire est d'avoir commis une erreur de perception visuelle; ce n'était pas un cas de négligence au sens du droit.

Je ne partage pas cette opinion.

La veille ou les observations d'Olson et de Redman étaient, à mon avis, défectueuses. Ils se sont complètement mépris sur la distance à laquelle se trouvait le *Centennial 71*. Le manque d'expérience ou une erreur de perception de distance ne peuvent excuser cette faute qui est en fait une négligence.

Le juge de première instance a donc nettement conclu à la négligence des deux jeunes membres de l'équipage qui s'occupaient du pilotage du navire immédiatement avant l'abordage et au moment de l'abordage.

La responsabilité de Vaccher, à titre de propriétaire du *Blue Waters* pour la négligence des deux jeunes membres de l'équipage, en vertu du principe *respondeat superior* n'est pas contestée, mais comme je l'ai déjà signalé, le principal point soulevé par ce pourvoi porte sur la suite à donner à la demande reconventionnelle de Vaccher qui soutient que si les demandeurs (les intimés en cette Cour) ont une réclamation contre lui pour la perte ou l'avarie d'un de leurs biens, ce qu'il nie, ladite avarie s'est produite

[TRADUCTION] ... *sans la faute ou complicité réelle du défendeur Donald Vaccher*, propriétaire du navire «BLUE WATERS», et le défendeur invoque les art. 647, 649, 651, 652 et 653 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* S.R. (S.R.C. 1970), chap. S-9 et demande que sa responsabilité soit limitée à la valeur de 1,000 francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire «BLUE WATERS». [Les italiques sont de moi].

The relevant provisions of s. 647(2) of the Act read as follows:

647. . . .

(2) The owner of a ship, whether registered in Canada or not, is not, where any of the following events occur without his actual fault or privity, namely,

. . .

(*b*) where any damage or loss is caused to any goods, merchandise or other things whatever on board that ship;

. . .

(*d*) where any loss or damage is caused to any property, other than property described in paragraph (*b*), or any rights are infringed through

(i) the act or omission of any person, whether on board that ship or not, in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers, or

(ii) any other act or omission of any person on board that ship;

liable for damages beyond the following amounts, namely,

. . .

(*f*) in respect of any loss or damage to property or any infringement of any rights mentioned in paragraph (*d*), an aggregate amount equivalent to 1,000 gold francs for each ton of that ship's tonnage.

Section 649 which is also pleaded in the counterclaim, reads as follows:

649. (1) Sections 647 and 648 extend and apply to

(*a*) the charterer of a ship;

(*b*) any person having an interest in or possession of a ship from and including the launching thereof; and

(*c*) the manager or operator of a ship and any agent of a ship made liable by law for damage caused by the ship

where any of the events mentioned in paragraphs 647(2)(*a*) to (*d*) occur without their actual fault or privity, *and to any person acting in the capacity of master* or member of the crew of a ship and to any servant of the owner or of any person described in paragraphs (*a*) to (*c*) *where any of the events mentioned in paragraphs 647(2)(a) to (d) occur, whether with or*

Les dispositions pertinentes du par. 647(2) de la Loi sont ainsi conçues:

647. . . .

(2) Le propriétaire d'un navire, immatriculé ou non au Canada, n'est pas, lorsque l'un quelconque des événements suivants se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de sa part, savoir:

. . .

b) avarie ou perte de marchandises, d'objets ou autres choses à bord du navire;

. . .

d) avarie ou perte de biens, autres que ceux qui sont mentionnés à l'alinéa *b*), ou violation de tout droit

(i) par l'acte ou l'omission de toute personne, qu'elle soit ou non à bord du navire, dans la navigation ou la conduite du navire, le chargement, le transport ou le déchargement de sa cargaison, ou l'embarquement, le transport ou le débarquement de ses passagers, ou

(ii) par quelque autre acte ou omission de la part d'une personne à bord du navire;

responsable des dommages-intérêts au-delà des montants suivants, savoir:

. . .

f) à l'égard de toute avarie ou perte de biens ou de toute violation des droits dont fait mention l'alinéa *d*), un montant global équivalant à 1,000 francs-or pour chaque tonneau de jauge du navire.

L'article 649, aussi invoqué dans la demande reconventionnelle, est ainsi rédigé:

649. (1) Les articles 647 et 648 s'étendent et s'appliquent

a) à l'affréteur d'un navire;

b) à toute personne ayant un intérêt dans un navire ou la possession d'un navire, à compter du lancement de ce navire et y compris ce lancement; et

c) au gérant ou à l'exploitant d'un navire ou tout agent d'un navire tenu responsable par la loi de dommages causés par le navire

lorsque l'un quelconque des événements mentionnés aux alinéas 647(2)*a*) à *d*) se produit sans qu'il y ait faute ou complicité réelle de leur part, *ainsi qu'à toute personne agissant en qualité de capitaine* ou à tout membre de l'équipage d'un navire et à tout employé du propriétaire ou de toute personne dont font mention les alinéas *a*) à *c*) *lorsque l'un quelconque des événements mentionnés*

without his actual fault or privity. [The italics are my own.]

It will be seen that where a ship owner is not able to establish that he was in no way at fault or privy to what occurred he is not entitled to the limitation of liability for which provision is made in s. 647.

The burden of proof resting upon a ship owner under s. 647 is a heavy one as was described in the judgment of this Court in *Stein Estate v. The Ship "Kathy K"*[2], at p. 819, where it was said that:

> The burden resting on the shipowners is a heavy one and is not discharged by their showing that their acts were not "the sole or next or chief cause" of the mishap. As Viscount Haldane stated in *Standard Oil Co. of New York v. Clan Line Steamers, Ltd.*, [1924] A.C. 100, at p. 113:
>
> > *... they must show that they were themselves in no way in fault or privy to what occurred.* [The italics are my own.]

It is clear therefore that even if it can be shown, as I think it is in this case, that the owner's acts were not "the sole or next or chief cause" of the collision, he would nevertheless not be entitled to limit his liability unless he was able to show that in his capacity as owner he was "in no way in fault or privy to what occurred".

On a consideration of the evidence the learned trial judge found that Vaccher had discharged the heavy onus resting upon him under s. 647 and that he was accordingly entitled to limit his liability as owner. In so doing he found:

> Here there were faults in navigation and seamanship on the part of Vaccher's crew. But, I repeat, Vaccher, in my view, discharged the onus on him and established there was no fault, of any kind, of his which contributed to the casualty.

[2] [1976] 2 S.C.R. 802.

aux alinéas 647(2)a) à d) se produit, qu'il y ait ou non faute ou complicité réelle de leur part. [Les italiques sont de moi.]

On constate que si le propriétaire d'un navire ne peut prouver qu'il n'a absolument pas contribué par sa faute ou sa complicité à ce qui s'est produit, il n'a pas droit à la limitation de responsabilité prévue à l'art. 647.

Le fardeau de preuve imposé au propriétaire de navire par l'art. 647 est lourd et l'arrêt de cette Cour *Stein c. Le navire «Kathy K»*[2], à la p. 819, le décrit comme ceci:

> L'obligation qui incombe aux propriétaires d'un navire est lourde et ils ne peuvent pas s'en acquitter en démontrant que leurs actes ne constituent pas [TRADUCTION] «l'unique cause ou la cause prochaine ou la cause principale» du malheureux accident. Comme l'a souligné le vicomte Haldane dans *Standard Oil Co. of New York v. Clan Line Steamers, Ltd.*, [1924] A.C. 100, à la p. 113:
>
> > [TRADUCTION] ... *ils doivent démontrer que l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de leur part.* [Les italiques sont de moi.]

Il est donc manifeste que même si on peut démontrer, comme on l'a fait, à mon avis, en l'espèce, que les actes du propriétaire ne sont ni «l'unique cause, ni la cause prochaine ou la cause principale» de l'abordage, il ne peut se prévaloir de la limitation de responsabilité à moins de pouvoir démontrer, qu'à titre de propriétaire, «l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de [sa] part».

Après examen de la preuve, le juge de première instance a conclu que Vaccher avait rempli la lourde obligation qui lui incombait en vertu de l'art. 647 et qu'en conséquence il avait droit à la limitation de responsabilité en tant que propriétaire. Il le fait dans les termes suivants:

> Dans la présente affaire, il y a eu des fautes de navigation et de manœuvre de la part de l'équipage de Vaccher. Cependant, je le répète, Vaccher a, à mon avis, fait la preuve qui lui incombait et établi qu'il n'avait commis aucune faute, d'aucune sorte, qui avait contribué à l'accident.

[2] [1976] 2 R.C.S. 802.

The Court of Appeal, unlike the trial judge, found that the evidence disclosed Vaccher to have been at fault in his capacity as owner and that he was accordingly not entitled as such to invoke the limitation provisions of s. 647. I agree with this conclusion although I am far from agreeing with all the reasons which the Court of Appeal assigned for reaching it.

In holding that Vaccher had discharged the onus on him to establish that there was no fault, the learned trial judge made the following finding concerning Vaccher and his crew:

> He was satisfied they were competent to handle the vessel in open waters such as the area where the collision occurred. I, too, am satisfied these two young men were capable of handling the vessel in these particular waters and in those particular circumstances.

I can find no evidence whatever in the record to support the finding that these two young men were capable of handling the vessel in the circumstances. In my opinion all of the evidence points in the opposite direction. The trial judge himself found that

> The look-out or observations by Olson and Redman were . . . faulty. They completely misjudged the distance away of the *Centennial* 71.

Vaccher knew these young men, at least one of whom had been an "in-breaker" or learner on his ship, and it is apparent from the evidence that he also knew of the dangers to small boats anchored in his path when he entrusted the fate of his ship to these inexperienced hands at night. In my view, under all the circumstances, Vaccher should have appreciated that there was potential danger in adopting the course which he did.

In finding no fault on Vaccher's part, the trial judge concluded, speaking of the young crewmen,

> They were inexperienced. But one can only get practical experience by, as was done here, standing watches and taking turns at the wheel.

A la différence du juge de première instance, la Cour d'appel a conclu que la preuve démontrait que Vaccher avait commis une faute à titre de propriétaire et qu'il ne pouvait en conséquence se prévaloir des dispositions de l'art. 647 relatives à la limitation. Je partage cet avis, mais je suis loin de souscrire à tous les motifs que la Cour d'appel invoque pour y arriver.

En concluant que Vaccher a satisfait à l'obligation qui lui incombait de prouver qu'il n'a pas commis de faute, le savant juge de première instance fait la constatation suivante à propos de Vaccher et de son équipage:

> Il était convaincu qu'ils avaient la compétence nécessaire pour manœuvrer le navire en haute mer, comme dans la zone où l'abordage s'est produit. Je suis convaincu, moi aussi, que ces deux jeunes gens étaient capables de manœuvrer le navire dans cette zone particulière et dans ces circonstances précises.

Je ne vois absolument rien dans les témoignages qui soutienne la conclusion que ces deux jeunes hommes étaient capables de piloter le navire dans les circonstances. A mon avis, toute la preuve tend à affirmer le contraire. Le juge de première instance a lui-même conclu:

> La veille ou les observations d'Olson et de Redman étaient ... défectueuses. Ils se sont complètement mépris sur la distance à laquelle se trouvait le *Centennial 71*.

Vaccher connaissait ces deux jeunes gens, dont un au moins avait été «à l'essai» ou apprenti sur son navire, et il est clair, d'après la preuve, qu'il connaissait également les risques qu'ils représentaient pour les petits vaisseaux au mouillage sur son parcours quand il a confié le sort de son navire à des mains inexpérimentées, la nuit. A mon avis, dans ces circonstances, Vaccher aurait dû se rendre compte du risque d'adopter la conduite qu'il a adoptée.

Concluant à l'absence de faute de la part de Vaccher, le juge de première instance dit des jeunes membres de l'équipage:

> Ils étaient inexpérimentés. Cependant, on ne peut acquérir d'expérience pratique qu'en prenant le quart et en se relayant à la barre, comme ce fut le cas pour les deux jeunes gens.

I find no evidence of any practice whereby such crew members are permitted to stand watches and take turns at the wheel without supervision. It is true that Vaccher was training these young men in the ways of their future profession and there can be no objection to this so long as the risks entailed involved no more than the property of the owner, but we are here faced with a decision which involved potential danger to the property and indeed to the lives of others, and as I have indicated, Vaccher's decision to employ these young men with a view to leaving them in charge of his ship constituted fault on his part, and while this was not "the sole or next or chief cause" of the mishap, it was nevertheless a circumstance which prevented the owner from discharging the burden resting upon him to show that he was "in no way in fault or privy to what occurred".

It is true, as was pointed out in this Court in *British Columbia Telephone Company and other persons v. Marpole Towing Limited* [*Chugaway II*] [3], at p. 338 that:

> ... the limitation of liability provisions ... are expressly designed for the purpose of encouraging shipping and affording protection to ship owners against bearing the full impact of heavy and perhaps crippling pecuniary damage sustained by reason of the negligent navigation of their ships on the part of their servants or agents.

However, in my opinion, the protection so afforded does not extend to the relief of ship owners when they deliberately employ crew whom they know to be inexperienced for the purpose of undertaking a voyage involving danger to other shipping.

As I have pointed out, Vaccher himself testified that there was no doubt as to Olson's inexperience "but" he said, "I believe he had enough experience to do the job I asked him to". In this belief Vaccher was in error as to the event proved and this error dominated the events which ensued. There can be no doubt that in employing these young men Vaccher was acting in his capacity as owner and in my opinion his error in overestimating their competence as seamen was a fault which

[3] [1971] S.C.R. 321.

Je ne vois rien dans la preuve au sujet d'un usage qui permettrait à de tels membres d'équipage de prendre le quart et de se relayer à la barre sans surveillance. Il est avéré que Vaccher formait ces jeunes gens à leur métier et qu'on ne peut rien y redire pour autant que les risques qui en découlaient ne visaient que les biens du propriétaire, mais ici il s'agit d'une décision qui comportait un risque pour les biens d'autrui et même pour la vie d'autrui. Je l'ai déjà dit, la décision de Vaccher d'employer ces jeunes gens avec l'intention de leur laisser la responsabilité de son navire constitue une faute de sa part qui, même si elle n'est ni «l'unique cause, ni la cause prochaine ou principale» de l'accident constitue néanmoins un élément qui l'empêche de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de démontrer que «l'événement s'est produit sans qu'il y ait faute ou complicité de [sa] part».

Il faut admettre, comme le signale cette Cour dans l'arrêt *British Columbia Telephone Company et autres personnes c. Marpole Towing Limited* [*Chugaway II*] [3], à la p. 338, que:

> ... des dispositions visant à limiter la responsabilité ... visent expressément à encourager la navigation et à soulager en partie les propriétaires de navires du fardeau d'une indemnité pécuniaire lourde, voire accablante, imposée à la suite de la conduite négligente de leurs navires par leurs préposés.

Cependant, selon moi, la protection ainsi accordée ne va pas jusqu'à protéger les propriétaires de navires quand ils font délibérément appel à un équipage qu'ils savent sans expérience pour un trajet qui comporte des risques pour les autres navires.

Comme je l'ai déjà signalé, Vaccher a lui-même témoigné que l'inexpérience d'Olson était manifeste [TRADUCTION] mais, a-t-il dit, je crois qu'il avait assez d'expérience pour faire le travail que je lui demandais de faire». Cette confiance de Vaccher n'était pas justifiée comme l'ont démontré les événements et cette erreur a déterminé les événements qui ont suivi. Il n'y a pas de doute qu'en employant ces jeunes gens Vaccher agissait à titre de propriétaire et en surestimant leur compétence

[3] [1971] R.C.S. 321.

precluded him from enjoying the limitation provisions of s. 647 of the *Canada Shipping Act*.

It was however contended on behalf of the appellant that the proximate cause of the collision was the negligence of Vaccher in assigning Olson and Redman to keep watch at night in crowded waters and that this action was taken in his capacity as master so as to entitle him to limit his liability under s. 649 of the *Canada Shipping Act*, whether or not he was actually at fault or privy to the events which followed. This submission was supported by reference to the case of *Walithy Charters Limited et al. v. Doig and City of Vancouver et al.* [*Golden Summer*][4], which followed the reasoning of the case of *The Annie Hay*[5].

The learned trial judge in the present case did not find it necessary to refer to the effect of s. 649 of the *Canada Shipping Act* because he had found that there was no fault on Vaccher's part. I am however, like the Court of Appeal, satisfied that the section does not apply to the circumstances here under consideration and I share the view expressed by Mr. Justice Heald in the Court of Appeal when he said:

> Vaccher must have known that the exigencies of the situation would require these inexperienced crew members to stand watch if the other two crew members were to obtain adequate rest during the voyage. In my view, therefore, the respondent Vaccher was at fault *qua* owner in assembling a crew, one half of whom were so inexperienced as to be unable to function adequately throughout the voyage.

For all these reasons I would dismiss this appeal and thus reverse that portion of judgment of the learned trial judge permitting the appellant to limit his liability to damages in the amount of 300,000 gold francs and would also refer the matter back to the Trial Division of the Federal Court in the manner proposed by the Court of Appeal.

The respondents are entitled to their costs of the claim and counterclaim throughout.

[4] (1979), 15 B.C.L.R. 45.
[5] [1968] 1 All E.R. 657.

comme navigateurs il a commis une faute qui l'empêche de se prévaloir des dispositions de l'art. 647 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* relatives à la limitation.

On a toutefois soutenu pour l'appelant que la cause directe de l'abordage est la négligence de Vaccher qui a confié à Olson et Redman le quart de nuit dans des eaux achalandées, mesure qu'il a prise en tant que capitaine de sorte qu'il avait droit à la limitation de responsabilité en vertu de l'art. 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qu'il y ait eu ou non faute ou complicité de sa part dans les événements qui ont suivi. Cet argument s'appuie sur *Walithy Charters Limited et al. v. Doig and City of Vancouver et al.* [*Golden Summer*][4], qui adopte le raisonnement de l'arrêt *The Annie Hay*[5].

Le juge de première instance en l'espèce n'a pas trouvé nécessaire de traiter de l'application de l'art. 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* parce qu'il a conclu qu'il n'y a pas eu de faute de la part de Vaccher. Je suis, comme la Cour d'appel, convaincu que l'article ne s'applique pas aux circonstances de l'espèce et je partage l'avis du juge Heald, de la Cour d'appel, qui dit:

> Vaccher devait savoir que la situation exigerait des tours de veille de la part des membres inexpérimentés de l'équipage pour permettre aux deux autres de se reposer convenablement durant le voyage. En conséquence, à mon avis, l'intimé Vaccher a commis une faute en qualité de propriétaire lorsqu'il a recruté un équipage dont une moitié était inexpérimentée au point de ne pouvoir adéquatement exercer leurs fonctions durant le voyage.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et en conséquence d'infirmer la partie du jugement du savant juge de première instance qui autorise l'appelant à limiter sa responsabilité pour les dommages à 300,000 francs-or et de renvoyer l'affaire à la Division de première instance de la Cour fédérale de la façon proposée par la Cour d'appel.

Les intimés ont droit aux dépens de leur demande et de leur demande reconventionnelle dans toutes les cours.

[4] (1979), 15 B.C.L.R. 45.
[5] [1968] 1 All E.R. 657.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Owen, Bird, Vancouver.

Solicitors for the respondents: McMaster & Co., Vancouver.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Owen, Bird, Vancouver.

Procureurs des intimés: McMaster & Co., Vancouver.

The Attorney General of the Province of Quebec (*Defendant*) *Appellant*;

and

Peter M. Blaikie, Roland Durand and Yoine Goldstein (*Plaintiffs*) *Respondents*;

and

The Attorney General of Canada (*Intervenor*) *Respondent*;

and

The Attorney General of Manitoba, the Attorney General of New Brunswick and Georges Forest *Intervenors.*

The Attorney General of the Province of Quebec (*Defendant*) Appellant;

and

Henri Wilfrid Laurier (*Plaintiff*) *Respondent*;

and

The Attorney General of Canada (*Intervenor*) *Respondent*;

and

The Attorney General of Manitoba, the Attorney General of New Brunswick and Georges Forest *Intervenors.*

1980: November 26 and 27 (rehearing); 1981: April 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Application of s. 133 B.N.A. Act to regulations adopted by the government, municipal and school by-laws, regulations of the civil administration and of semi-public agencies and to rules of practice of the courts — Charter of the French Language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 7 to 13 — B.N.A. Act, ss. 92(8), 93, 129, 133 — Supreme Court Rules, rule 61.

Following the dismissal on December 13, 1979 of appellant's appeal from two judgments of the Quebec Court of Appeal, affirming two judgments of the Supe-

Le procureur général de la province de Québec (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Peter M. Blaikie, Roland Durand et Yoine Goldstein (*Demandeurs*) *Intimés*;

et

Le procureur général du Canada (*Intervenant*) *Intimé*;

et

Le procureur général du Manitoba, le procureur général du Nouveau-Brunswick et Georges Forest *Intervenants.*

Le procureur général de la province de Québec (*Défendeur*) *Appelant*;

et

Henri Wilfrid Laurier (*Demandeur*) *Intimé*;

et

Le procureur général du Canada (*Intervenant*) *Intimé*;

et

Le procureur général du Manitoba, le procureur général du Nouveau-Brunswick et Georges Forest *Intervenants.*

1980: 26 et 27 novembre (nouvelle audition); 1981: 6 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Application de l'art. 133 A.A.N.B. aux règlements adoptés par le gouvernement, aux règlements municipaux et scolaires, aux règlements de l'Administration et des organismes parapublics et aux règles de pratique des tribunaux — Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 7 à 13 — A.A.N.B., art. 92(8), 93, 129, 133 — Règles de la Cour suprême, règle 61.

Suite au rejet, le 13 décembre 1979, du pourvoi de l'appelant contre deux arrêts de la Cour d'appel du Québec qui confirment deux jugements de la Cour

rior Court by which Deschênes C.J.S.C. held *ultra vires* the Legislature of Quebec ss. 7 to 13 of the *Charter of the French Language*, appellant requested a rehearing to obtain a declaration as to the scope of s. 133 of the *B.N.A. Act* regarding delegated legislation. The question presented is as follows: "Does s. 133 of the *British North America Act* apply to regulations or orders of statutory bodies or regulations or by-laws of municipalities and school boards ... as distinct from orders in council and ministerial orders or regulations which were in issue in the appeal to this Court and which under the judgment of this Court of December 13, 1979 were held to be within the terms of s. 133?"

Held: Section 133 of the *British North America Act* applies to regulations which constitute delegated legislation and to rules of practice enacted by the courts and quasi-judicial tribunals. It does not apply to municipal or school bodies by-laws.

(1) Regulations enacted by the government: legislative powers delegated by the Legislature to the proper constitutional body, the government of the province, must be viewed as an extension of the legislative power of the Legislature, and accordingly the enactments of the government under such delegation must be considered the enactments of the Legislature for the purposes of s. 133. A large and important part of the laws in force consists of regulations made by the Executive, and the requirements of s. 133 of the *B.N.A. Act* would be truncated should this section be construed so as not to govern such regulations. Regulations enacted by the government to alter regulations made by a subordinate body must also be included in this class.

(2) By-laws of municipal bodies: these are not covered by s. 133. Municipal corporations have been in existence since long before Confederation, and the language of municipal by-laws has been expressly regulated by the Legislature. Since Confederation, the Legislature has never entertained any doubt about its power to regulate this matter. Since the provinces were explicitly given the power to make laws relating to municipal institutions by s. 92(8) of the *B.N.A. Act*, the absence of any reference to them in s. 133 cannot be viewed as an oversight if the intent of the Fathers of Confederation is to be respected. Much the same can be said about regulations of school bodies, especially as in the area of education the safeguards provided by s. 93 are of a religious, not of a linguistic nature. The fact that the municipal by-laws may be subject to the approval or disallowance of the government does not alter their municipal character nor

supérieure par lesquels le juge en chef Deschênes a déclaré *ultra vires* de la législature du Québec, les art. 7 à 13 de la *Charte de la langue française*, l'appelant a demandé une nouvelle audition afin d'obtenir une déclaration sur la portée de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* relativement à la législation déléguée. La question qui se pose est la suivante: «L'article 133 de l'*A.A.N.B.* s'applique-t-il aux règlements d'organismes créés par la loi ou aux règlements de conseils municipaux ou scolaires ..., par opposition aux règlements adoptés par décret du conseil exécutif et arrêté ministériel dont il s'agissait dans le pourvoi et auxquels s'applique l'art. 133 selon l'arrêt rendu par cette Cour le 13 décembre 1979?»

Arrêt: L'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* s'applique aux règlements qui constituent de la législation déléguée, aux règles de pratique adoptées par les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires. Il ne s'applique pas aux règlements d'organismes municipaux ou scolaires.

1) Les règlements adoptés par le gouvernement: les pouvoirs législatifs délégués par la Législature à l'organisme constitutionnel propre qu'est le gouvernement de la province, doivent être considérés comme une extension du pouvoir législatif de la Législature et, par conséquent, les mesures législatives adoptées en vertu de cette délégation doivent être considérées comme des actes de la Législature au sens de l'art. 133. Une très importante partie de la législation en vigueur se compose de règlements adoptés par l'exécutif, et l'obligation imposée par l'art. 133 serait tronquée si l'on interprétait cet article de façon à ne pas le rendre applicable à ces règlements. Cette catégorie de règlements comprend les règlements adoptés par le gouvernement pour modifier des règlements établis par un organisme subordonné.

2) Les règlements des organismes municipaux: ils ne sont pas assujettis à l'art. 133. Les corporations municipales existaient bien avant la Confédération et la langue des règlements municipaux avait été expressément réglementée par la Législature. Depuis la Confédération, la Législature n'a jamais douté de son pouvoir de réglementer cette question. Par ailleurs, puisque le par. 92(8) de l'*A.A.N.B.* donne expressément aux provinces le pouvoir de faire des lois relatives aux institutions municipales, le mutisme de l'art. 133 à leur égard ne peut être considéré comme un oubli si l'on veut respecter l'intention des Pères de la Confédération. Le même raisonnement s'applique aux règlements scolaires, d'autant plus qu'en matière d'éducation, les garanties accordées par l'art. 93 sont de nature religieuse et non linguistique. Le fait que des règlements municipaux soient assujettis à l'approbation ou au désaveu du gouvernement ne modi-

the constitutional intent to subtract them from the operation of s. 133.

(3) Other regulations: with regard to the regulations of the civil administration and of semi-public agencies contemplated by the *Charter*, it is the connection between the Legislature and delegated legislation which is the decisive factor in so far as their being subject to s. 133 is concerned, as is the case with government regulations. Whenever these regulations are made subject to the approval of the government, they are assimilated to the enactments of the government and so become subject to s. 133. Regulations which are subject to disallowance by the government are different: they have an independent life of their own and probably are fully effective for the period preceding their disallowance.

(4) Court rules of practice: they are subject to s. 133. Historically, since 1774, it seems clearly that court rules of practice have been published in both languages, and the draftsmen of the *B.N.A. Act* must have felt that they were subject to s. 133 by necessary intendment, the point being not so much that rules of practice partake of the legislative nature of the *Code of Civil Procedure* of which they are the complement, but by reason of the judicial character of their subject-matter.

Attorney General of Quebec v. Blaikie et al., [1979] 2 S.C.R. 1016; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada*, [1896] A.C. 348; *North Coast Air Services Ltd. v. Canadian Transport Commission*, [1968] S.C.R. 940; *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Ry. Co.*, [1922] 1 A.C. 202, referred to.

DECLARATION on the scope of s. 133 of the *B.N.A. Act* regarding delegated legislation, following a judgment of this Court of December 13, 1979[1].

Henri Brun, *Louis Crête* and *Odette Laverdière*, for the appellant.

A. Ken Twaddle, Q.C., for the intervenor the Attorney General of Manitoba.

A. Brossard, Q.C., for the respondents Peter M. Blaikie *et al.*

David Wood, for the respondent Henri Wilfrid Laurier.

[1] [1979] 2 S.C.R. 1016.

fie pas leur caractère municipal ni l'intention constitutionnelle de les soustraire à l'application de l'art. 133.

3) Les autres règlements: en ce qui a trait aux règlements de l'Administration et des organismes parapublics visés par la *Charte*, c'est le rapport entre la Législature et la législation déléguée qui constitue le facteur décisif en ce qui concerne leur assujettissement à l'art. 133, tout comme en ce qui a trait aux règlements du gouvernement. Chaque fois que ces règlements sont soumis à l'approbation du gouvernement, ils sont assimilables à des mesures édictées par le gouvernement et donc assujettis à l'art. 133. Il en est autrement pour les règlements qui sont assujettis au désaveu du gouvernement: ils ont une existence propre et ont probablement eu plein effet avant l'exercice du désaveu.

4) Les règles de pratique des tribunaux: elles sont assujetties à l'art. 133. Historiquement, depuis 1774, les règles de pratique des tribunaux semblent bien avoir été publiées dans les deux langues, et les rédacteurs de l'*A.A.N.B.* ont dû penser qu'en toute logique, elles étaient nécessairement visées par l'art. 133, non pas tellement qu'elles participent de la nature législative du *Code de procédure* dont elles sont le complément, mais surtout en raison du caractère judiciaire de leur objet.

Jurisprudence: *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell*, [1917] A.C. 62; *Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada*, [1896] A.C. 348; *North Coast Air Services Ltd. c. Commission canadienne des transports*, [1968] R.C.S. 940; *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Ry. Co.*, [1922] 1 A.C. 202.

DÉCLARATION sur la portée de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* relativement à la législation déléguée, suite à l'arrêt de cette Cour rendu le 13 décembre 1979[1].

Henri Brun, *Louis Crête* et *Odette Laverdière*, pour l'appelant.

A. Ken Twaddle, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

A. Brossard, c.r., pour les intimés Peter M. Blaikie *et autres*.

David Wood, pour l'intimé Henri Wilfrid Laurier.

[1] [1979] 2 R.C.S. 1016.

Raynold Langlois, *James Mabbutt* and *André Asselin, Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Alain J. J. Hogue and *M. B. Nepon*, for the intervenor Georges Forest.

THE COURT—On December 13, 1979, this Court[2] dismissed appellant's appeal from two judgments of the Quebec Court of Appeal[3] affirming two judgments of the Superior Court whereby Deschênes C.J.S.C., granted to plaintiffs Blaikie, Durand and Goldstein in one case and to plaintiff Laurier in the other a declaration that Chapter III of Title I (ss. 7 to 13) of the *Charter of the French Language*, 1977 (Que.), c. 5, now R.S.Q. 1977, c. C-11, (the *Charter*), was wholly *ultra vires* of the Legislature of Quebec. Deschênes C.J.S.C., held that ss. 7 to 13 of the *Charter* violated s. 133 of the *British North America Act*, 1867, (the *B.N.A. Act*), which section he found to be beyond the competence of the Legislature to amend[4]. Section 133 reads:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

The provisions of the *Charter* declared *ultra vires* include the following:

7. French is the language of the legislature and the courts in Quebec.

9. Only the French text of the statutes and regulations is official.

[2] [1979] 2 S.C.R. 1016.
[3] [1978] C.A. 351.
[4] [1978] C.S. 37.

Raynold Langlois, *James Mabbutt* et *André Asselin, c.r.*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Alain J. J. Hogue et *M. B. Nepon*, pour l'intervenant Georges Forest.

LA COUR—Le 13 décembre 1979, cette Cour[2] a rejeté le pourvoi de l'appelant contre deux arrêts de la Cour d'appel du Québec[3] qui confirment deux jugements de la Cour supérieure par lesquels le juge en chef Deschênes a accordé aux demandeurs Blaikie, Durand et Goldstein dans une affaire, et Laurier, dans l'autre, une déclaration portant que le Chapitre III du Titre Premier (art. 7 à 13) de la *Charte de la langue française*, 1977 (Qué.), chap. 5, maintenant L.R.Q. 1977, chap. C-11, (la *Charte*) est entièrement *ultra vires* de la législature du Québec. Le juge en chef Deschênes a statué que les art. 7 à 13 de la *Charte* viennent en contradiction avec l'art. 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, 1867, (l'*A.A.N.B.*), et qu'il n'est pas du pouvoir de la Législature de modifier cet article[4]. Voici le texte de l'art. 133:

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité du présent acte, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les actes du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimés et publiés dans ces deux langues.

Voici certains des articles de la *Charte* déclarés *ultra vires*:

7. Le français est la langue de la législation et de la justice au Québec.

9. Seul le texte français des lois et des règlements est officiel.

[2] [1979] 2 R.C.S. 1016.
[3] [1978] C.A. 351.
[4] [1978] C.S. 37.

10. An English version of every legislative bill, statute and regulation shall be printed and published by the civil administration.

"Regulations" is not defined in the *Charter*.

Section 98 and the Annex of the *Charter* read as follows:

98. The various agencies of the civil administration, and the health services and social services, the public utility firms and the professional corporations referred to in this act are listed in the Schedule.

SCHEDULE

A. *The civil administration.*

1. The Government and the government departments.

2. The government agencies:

Agencies to which the Government or a minister appoints the majority of the members, to which, by law, the officers or employees are appointed or remunerated in accordance with the Civil Service Act (1965, 1st session, chapter 14), or at least half of whose capital stock or resources are derived from the consolidated revenue fund except, however, health services and social services, general and vocational colleges and the Université du Québec.

3. The municipal and school bodies:

(*a*) the urban communities:

The Quebec Urban Community, the Montreal Urban Community and the Outaouais Regional Community, the Quebec Urban Community Transit Commission, the Greater Québec Water Purification Board, the Montreal Urban Community Transit Commission, the Outaouais Regional Community Transit Commission, the Outaouais Development Corporation, the City of Laval Transit Commission and the Montreal South Shore Transit Commission;

(*b*) the municipalities:

The city, town, village, country and county corporations, whether incorporated under a general law or a special act, and the agencies under the jurisdiction of such corporations which participate in the administration of their territory;

10. L'Administration imprime et publie une version anglaise des projets de loi, des lois et des règlements.

La *Charte* ne définit pas les «règlements».

Voici maintenant le texte de l'art. 98 et de l'Annexe de la *Charte*:

98. Sont énumérés à l'Annexe les divers organismes de l'Administration ainsi que les services de santé et les services sociaux, les entreprises d'utilité publique et les ordres professionnels visés par la présente loi.

ANNEXE

A. *L'Administration*

1. Le gouvernement et ses ministères.

2. Les organismes gouvernementaux:

Les organismes dont le gouvernement ou un ministre nomme la majorité des membres, dont la loi ordonne que les fonctionnaires ou employés soient nommés ou rémunérés suivant la Loi de la fonction publique (1965, 1re session, chapitre 14), ou dont le capital-actions provient, pour la moitié ou plus, du fonds consolidé du revenu, à l'exception toutefois des services de santé, des services sociaux, des collèges d'enseignement général et professionnel et de l'université du Québec.

3. Les organismes municipaux et scolaires:

a) les communautés urbaines:

La Communauté urbaine de Québec, la Communauté urbaine de Montréal et la Communauté régionale de l'Outaouais, la Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec, le Bureau d'assainissement des eaux du Québec métropolitain, la Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal, la Commission de transport de la Communauté régionale de l'Outaouais, la Société d'aménagement de l'Outaouais, la Commission de transport de la Ville de Laval et la Commission de transport de la Rive Sud de Montréal;

b) les municipalités:

Les corporations de cité, de ville, de village, de campagne ou de comté, qu'elles soient constituées en corporation en vertu d'une loi générale ou d'une loi spéciale, ainsi que les autres organismes relevant de l'autorité de ces corporations et participant à l'administration de leur territoire;

(*c*) the school bodies:

The regional school boards, the school boards and the corporations of school trustees governed by the Education Act (Revised Statutes, 1964, chapter 235), the School Council of the island of Montreal.

4. The health services and the social services:

Establishments within the meaning of the Act respecting health services and social services (1971, chapter 48).

B. *Semipublic agencies*

1. Public utility firms:

If they are not already government agencies, the telephone, telegraph and cable-delivery companies, the air, ship, autobus and rail transport companies, the companies which produce, transport, distribute or sell gas, water or electricity, and business firms holding authorizations from the Transport Commission.

2. Professional corporations:

The professional corporations listed in Schedule I to the Professional Code (1973, chapter 43) under the designation «professional corporations», or established in accordance with that Code.

In holding that s. 133 of the *B.N.A. Act* applied to delegated legislation, Deschênes C.J.S.C., whose reasons for judgment were adopted by the Court of Appeal and by this Court, did not undertake to define the extent of the delegated legislation affected. But in his reasons for judgment, at p. 47, he explicitly mentioned the legislative power delegated by the Legislature to the Lieutenant-Governor in Council.

The subject of delegated legislation was barely touched upon in this Court during the first hearing. Severability was mentioned in general terms but no allusion was made, either in oral or written argument, to the possibility that orders of statutory bodies or by-laws of municipalities and school bodies might be considered as delegated legislation with respect to the application of s. 133. This Court did not attempt to define the expression either. However, at p. 1021 of its reasons, it indicated that it was concerned solely with the impugned provisions of the *Charter*.

c) les organismes scolaires:

Les commissions scolaires régionales, les commissions scolaires et les corporations de syndics régies par la Loi de l'instruction publique (Statuts refondus, 1964, chapitre 235), le Conseil scolaire de l'Île de Montréal.

4. Les services de santé et les services sociaux:

Les établissements au sens de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (1971, chapitre 48).

B. *Les organismes parapublics*

1. Les entreprises d'utilité publique:

Si elles ne sont pas déjà des organismes gouvernementaux, les entreprises de téléphone, de télégraphe, de câblodistribution, de transport par avion, bateau, autobus ou chemin de fer, les entreprises de production, transport, distribution ou vente de gaz, d'eau ou d'électricité, ainsi que les entreprises titulaires d'une autorisation de la Commission des transports.

2. Les ordres professionnels:

Les ordres professionnels dont la liste apparaît à l'annexe I du Code des professions (1973, chapitre 43) sous la désignation de: «corporations professionnelles», ou qui sont constitués conformément audit Code.

En statuant que l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* s'applique à la législation déléguée, le juge en chef Deschênes, dont les motifs ont été adoptés par la Cour d'appel et par cette Cour, n'a pas cherché à définir l'étendue de cette expression. Mais, dans ses motifs, à la p. 47, il a expressément fait mention du pouvoir législatif délégué par la Législature au lieutenant-gouverneur en conseil.

Devant cette Cour lors de la première audition, c'est à peine s'il a été question de la législation déléguée. On a parlé de divisibilité en termes généraux, mais on n'a aucunement fait allusion, dans les plaidoiries orales ou dans les conclusions écrites, à la possibilité que les ordonnances d'organismes créés par une loi ou les règlements des organismes municipaux ou scolaires puissent être considérés comme de la législation déléguée relativement à l'application de l'art. 133. Cette Cour n'a pas non plus tenté de définir l'expression. Cependant, à la p. 1021 de ses motifs, elle a fait observer qu'elle n'allait examiner que les dispositions contestées de la *Charte*.

Appellant applied for a rehearing pursuant to rule 61 of this Court to obtain a pronouncement on the reach of s. 133 of the *B.N.A. Act* with respect to delegated legislation. On March 27, 1980, a rehearing was ordered in the following terms:

The appellant, the Attorney General of Quebec, having applied for a rehearing to resolve issues said to arise out of certain provisions in Chapter III of Title I of the *Charter of the French Language*, 1977 (Que.) ch. 5, although not raised on the hearing of the appeal, and the respondents Blaikie, Durand and Goldstein consenting as do the intervenors the Attorney General of Canada and the Attorney General of New Brunswick, and the respondent Laurier and the intervenors the Attorney General of Manitoba and Georges Forest taking no position, it is ordered that a rehearing take place, limited to the following question:

Does s. 133 of the *British North America Act* apply to regulations or orders of statutory bodies or regulations or by-laws of municipalities and school boards (in so far as they come within ss. 9 and 10 of Chapter III of Title I of the *Charter of the French Language*), as distinct from orders in council and ministerial orders or regulations which were in issue in the appeal to this Court and which under the judgment of this Court of December 13, 1979 were held to be within the terms of s. 133?

The Attorney General of New Brunswick did not take part in the rehearing.

Respondents Blaikie, Durand and Goldstein did not file any factum but their counsel adopted the general position of the Attorney General of Manitoba and, alternatively, the position of the Attorney General of Canada.

In the course of the rehearing, members of the Court were provided with a tentatively exhaustive list of over one hundred provincial boards, councils, committees, commissions, tribunals, courts, corporations and other institutions or bodies and classes of institutions or bodies empowered by provincial statutes to enact regulations, rules, by-laws or other enactments of a legislative nature.

L'appelant a demandé une nouvelle audition aux termes de la règle 61 de cette Cour afin d'obtenir une déclaration sur la portée de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* relativement à la législation déléguée. Le 27 mars 1980, la nouvelle audition a été ordonnée en ces termes:

L'appelant, le procureur général du Québec, demande une nouvelle audition pour faire résoudre des questions que soulèveraient certaines dispositions du Chapitre III du Titre Premier de la *Charte de la langue française*, L.Q. 1977, chap. 5. Ces questions n'ont pas été soulevées à l'audition du pourvoi. Les intimés Blaikie, Durand et Goldstein ont donné leur consentement de même que les intervenants, le procureur général du Canada et le procureur général du Nouveau-Brunswick; ni l'intimé Laurier, ni les intervenants, le procureur général du Manitoba et Georges Forest, n'ont pris position. En conséquence, une nouvelle audition est ordonnée sur la question suivante:

L'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* s'applique-t-il aux règlements d'organismes créés par la loi ou aux règlements de conseils municipaux ou scolaires (pour autant qu'ils sont visés par les articles 9 et 10 du Chapitre III du Titre Premier de la *Charte de la langue française*), par opposition aux règlements adoptés par décret du conseil exécutif et arrêté ministériel dont il s'agissait dans le pourvoi et auxquels s'applique l'article 133 selon l'arrêt rendu par cette Cour le 13 décembre 1979?

Le procureur général du Nouveau-Brunswick n'a pas pris part à la nouvelle audition.

Les intimés Blaikie, Durand et Goldstein n'ont pas produit de mémoire, mais leurs avocats ont adopté la position générale du procureur général du Manitoba et, subsidiairement, celle du procureur général du Canada.

Au cours de la nouvelle audition, on a remis aux membres de la Cour une liste la plus complète possible de plus de cent bureaux, conseils, comités, commissions, tribunaux, cours, corporations, institutions ou autres organismes et catégories d'organismes provinciaux autorisés par les lois provinciales à adopter des règlements, règles, arrêtés ou autres mesures de nature législative. Compte tenu

Given the fact that some of these classes comprise several hundred institutions or bodies, such as town councils, there would appear to be just in the Province of Quebec well over two thousand law-making agencies other than the Legislature. These range from the provincial Government itself at one end to municipal councils and school boards at the other, with dozens of boards or other bodies in between.

The phenomenal growth of delegated legislation since 1867 is illustrated by some relatively recent figures: in 1975, 1976 and 1977, a yearly average of over 700 enactments of a legislative nature, other than statutes, have been published in the *Quebec Official Gazette*; these do not include innumerable by-laws enacted by municipal authorities: Gilles Pépin, "Le pouvoir réglementaire et la Charte de la langue française", (1978) 13 R.J.T. 107, at p. 109.

It must be emphasized that regulations or orders in issue in the case at bar are regulations or orders which constitute delegated legislation properly so called and not rules or directives of internal management.

I Regulations enacted by the Government

Appellant and the Attorney General of Manitoba conceded, properly so in our view, that s. 133 of the *B.N.A. Act* applies to enactments of a legislative nature issued by the Government of the province, including enactments issued by a group of ministers being members of the Government, such as the "Conseil du Trésor" (Treasury Board) (*Financial Administration Act*, R.S.Q. 1977, c. A-6, s. 18) or by a minister.

The provincial executive power is vested in the Queen (*Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick*[5]) represented by the Lieutenant-Governor (*B.N.A. Act*, s. 58) whose office is beyond the competence of the Legislature to modify (*B.N.A. Act*, s. 92(1)).

[5] [1892] A.C. 437.

du fait que certaines de ces catégories comprennent plusieurs centaines d'organismes, tels les conseils municipaux, il semble y avoir, dans la seule province de Québec, bien au delà de deux mille organismes législatifs, outre la Législature. L'éventail va du gouvernement provincial lui-même aux conseils municipaux et scolaires en passant par des douzaines de bureaux ou autres organismes.

Quelques chiffres relativement récents illustrent l'essor phénoménal de la législation déléguée depuis 1867: en 1975, 1976 et 1977, une moyenne annuelle de plus de 700 mesures de nature législative, autres que des lois, ont été publiées dans la *Gazette Officielle du Québec*; cela ne comprend pas les innombrables règlements adoptés par les autorités municipales: Gilles Pépin, «Le pouvoir réglementaire et la Charte de la langue française», (1978) 13 R.J.T. 107, à la p. 109.

Il importe de souligner qu'il s'agit dans la présente affaire de règlements qui constituent de la législation déléguée proprement dite et non pas des règles ou directives de régie interne.

I Les règlements adoptés par le gouvernement

L'appelant et le procureur général du Manitoba ont admis, à bon droit à notre avis, que l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* s'applique aux mesures de nature législative qui émanent du gouvernement de la province, y compris celles qui émanent d'un groupe de ministres, membres du gouvernement, comme le «Conseil du Trésor» (*Loi sur l'administration financière*, L.R.Q. 1977, chap. A-6, art. 18) ou d'un ministre.

Le pouvoir exécutif provincial est attribué à la Reine (*Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick*[5]) représentée par le lieutenant-gouverneur (*A.A.N.B.*, art. 58) dont la charge ne peut être modifiée par la Législature (*A.A.N.B.*, par. 92.(1)).

[5] [1892] A.C. 437.

The Lieutenant-Governor is part and parcel of the Legislature (*B.N.A. Act*, s. 71; *Legislature Act*, R.S.Q. 1977, c. L-1, s. 1). He appoints members of the Executive Council and ministers (*B.N.A. Act*, s. 63; *Executive Power Act*, R.S.Q. 1977, c. E-18, ss. 3 to 5) and these, according to constitutional principles of a customary nature referred to in the preamble of the *B.N.A. Act* as well as in some statutory provisions (*Executive Power Act*, R.S.Q. 1977, c. E-18, ss. 3 to 5, 7, 11(1); *Legislature Act*, R.S.Q. 1977, c. L-1, s. 56(1)), must be or become members of the Legislature and are expected, individually and collectively, to enjoy the confidence of its elected branch. There is thus a considerable degree of integration between the Legislature and the Government.

The Government of the province is not a body of the Legislature's own creation. It has a constitutional status and is not subordinate to the Legislature in the same sense as other provincial legislative agencies established by the Legislature. Indeed, it is the Government which, through its majority, does in practice control the operations of the elected branch of the Legislature on a day to day basis, allocates time, gives priority to its own measures and in most cases decides whether or not the legislative power is to be delegated and, if so, whether it is to hold it itself or to have it entrusted to some other body.

Legislative powers so delegated by the Legislature to a constitutional body which is part of itself must be viewed as an extension of the legislative power of the Legislature and the enactments of the Government under such delegation must clearly be considered as the enactments of the Legislature for the purposes of s. 133 of the *B.N.A. Act*.

It is true that the above-mentioned conventions of the Constitution were well-established in 1867 and the delegation of legislative powers to the Executive was not then unknown. But such delegation was used sparingly and almost by way of exception. The exception has now become the rule in some matters to the point where a large and important part of the laws in force in the Province

Le lieutenant-gouverneur est une partie intégrante de la Législature (*A.A.N.B.*, art. 71; *Loi sur la Législature*, L.R.Q. 1977, chap. L-1, art. 1). Il nomme les membres du Conseil exécutif et les ministres (*A.A.N.B.*, art. 63; *Loi sur l'exécutif*, L.R.Q. 1977, chap. E-18, art. 3 à 5) et ceux-ci, conformément aux principes constitutionnels coutumiers auxquels réfère le préambule de l'*A.A.N.B.* de même que d'autres dispositions législatives (*Loi sur l'exécutif*, L.R.Q. 1977, chap. E-18, art. 3 à 5, 7, 11(1); *Loi sur la Législature*, L.R.Q. 1977, chap. L-1, art. 56(1)), doivent être membres de la Législature ou le devenir et ils doivent, individuellement et collectivement, jouir de la confiance de ses membres élus. Il y a donc une certaine intégration du gouvernement à la Législature.

Le gouvernement de la province n'est pas un organisme créé par la Législature. Il a un statut constitutionnel propre et ne lui est pas subordonné au même titre que les autres organismes législatifs provinciaux qu'elle crée. En fait, c'est le gouvernement qui, par sa majorité, contrôle en pratique au jour le jour les travaux des membres élus de la Législature, établit l'ordre du jour, donne priorité à ses propres projets de loi et dans la plupart des cas décide si le pouvoir législatif doit être délégué et, le cas échéant, s'il doit l'exercer lui-même ou le confier à un autre organisme.

On doit considérer les pouvoirs législatifs ainsi délégués par la Législature à un organisme constitutionnel qui en fait partie comme une extension de son propre pouvoir législatif et, par conséquent, les mesures législatives décrétées en vertu de cette délégation comme des actes de la Législature au sens de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.*

Il est vrai que les principes constitutionnels que nous venons de mentionner étaient bien établis en 1867 et que la délégation de pouvoirs législatifs à l'exécutif n'était pas alors inconnue. Mais on y recourait avec circonspection et presque à titre exceptionnel. L'exception est devenue maintenant la règle dans certains domaines à un point tel qu'une très importante partie des lois en vigueur

consists of regulations made by the Executive *. The requirements of s. 133 of the *B.N.A. Act* would be truncated, as was said by this Court at p. 1027 of its reasons, should this section be construed so as not to govern such regulations.

Regulations enacted by the Government to alter regulations made by a subordinate body must also be included in this class. This was not conceded by the Attorney General of Quebec. But there is no valid reason for distinguishing such regulations from ordinary Government regulations. (There would appear to be very few regulations of this type under statutes now in force in Quebec.)

II Municipal and school bodies by-laws

It was submitted by the appellant and the Attorney General of Manitoba and, subject to certain reservations, conceded by the Attorney General of

* The Acts listed hereunder appear to delegate legislative powers to the Government. The list is illustrative only and is not meant to be exhaustive. All the references are to the R.S.Q. 1977: the *Adoption Act*, c. A-7, s. 41; the *Social Aid Act*, c. A-16, ss. 31 and 32; the *Family Allowances Act*, c. A-17, s. 25; the *Hospital Insurance Act*, c. A-28, s. 8; the *Health Insurance Act*, c. A-29, s. 69; *An Act respecting Insurance*, c. A-32, s. 420; *An Act respecting the Cinema*, c. C-18, s. 86; the *Highway Code*, c. C-24, ss. 7, 53, 57, 78 and 109; the *Petroleum Products Trade Act*, c. C-31, s. 29; the *Extra-Provincial Companies Act*, c. C-46, s. 10; the *Wildlife Conservation Act*, c. C-61, s. 82; the *Real Estate Brokerage Act*, c. C-73, s. 20; the *Public Curatorship Act*, c. C-80, s. 39; *An Act to promote Industrial Development by Means of Fiscal Advantages*, c. D-9, s. 3; the *Land Transfer Duties Act*, c. D-17, s. 47; *An Act respecting Private Education*, c. E-9, s. 68; the *Industrial and Commercial Establishments Act*, c. E-15, s. 44; the *Real Estate Assessment Act*, c. E-16, s. 92; the *Education Act*, c. I-14, ss. 16 and 479; the *Licenses Act*, c. L-3, ss. 5 and 140; the *Mortmain Act*, c. M-1, s. 10; the *Mining Act*, c. M-13, s. 296; the *Parks Act*, c. P-9, s. 9; the *Fire Prevention Act*, c. P-23, s. 4; *An Act respecting Probation and Houses of Detention*, c. P-26, s. 23; the *Public Health Protection Act*, c. P-35, s. 69; the *Consumer Protection Act*, c. P-40, s. 102; the *Public Building Safety Act*, c. S-3, s. 39; *An Act respecting Health Services and Social Services*, c. S-5, s. 173; the *Transport Act*, c. T-12, s. 5; the *Securities Act*, c. V-1, s. 101.

dans la province se compose de règlements adoptés par l'exécutif* . Comme l'a dit cette Cour à la p. 1027 de ses motifs, l'obligation imposée par l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* serait tronquée si l'on interprétait cet article de façon à ne pas le rendre applicable à ces règlements.

On doit également inclure dans cette catégorie les règlements adoptés par le gouvernement pour modifier des règlements établis par un organisme subordonné. Cela n'a pas été admis par le procureur général du Québec. Mais aucune raison valable ne justifie une distinction entre ces règlements et les règlements ordinaires du gouvernement. (Il y a apparemment très peu de règlements de cette nature en vertu des lois actuellement en vigueur au Québec.)

II Les règlements des organismes municipaux et scolaires

L'appelant et le procureur général du Manitoba prétendent que l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* ne s'applique pas aux règlements des organismes munici-

* Les lois énumérées ci-après délèguent des pouvoirs législatifs au gouvernement. La liste est seulement explicative et ne doit pas être tenue pour complète. Tous les renvois sont aux L.R.Q. 1977: la *Loi sur l'adoption*, chap. A-7, art. 41; la *Loi sur l'aide sociale*, chap. A-16, art. 31 et 32; la *Loi sur les allocations familiales*, chap. A-17, art. 25; la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, chap. A-28, art. 8; la *Loi sur l'assurance-maladie*, chap. A-29, art. 69; la *Loi sur les assurances*, chap. A-32, art. 420; la *Loi sur le cinéma*, chap. C-18, art. 86; le *Code de la route*, chap. C-24, art. 7, 53, 57, 78 et 109; la *Loi sur le commerce des produits pétroliers*, chap. C-31, art. 29; la *Loi sur les compagnies étrangères*, chap. C-46, art 10; la *Loi sur la conservation de la faune*, chap. C-61, art. 82; la *Loi sur le courtage immobilier*, chap. C-73, art. 20; la *Loi sur la curatelle publique*, chap. C-80, art. 39; la *Loi favorisant le développement industriel au moyen d'avantages fiscaux*, chap. D-9, art. 3; la *Loi concernant les droits sur les transferts de terrains*, chap. D-17, art. 47; la *Loi sur l'enseignement privé*, chap. E-9, art. 68; la *Loi sur les établissements industriels et commerciaux*, chap. E-15, art. 44; la *Loi sur l'évaluation foncière*, chap. E-16, art. 92; la *Loi sur l'instruction publique*, chap. I-14, art. 16 et 479; la *Loi sur les licences*, chap. L-3, art. 5 et 140; la *Loi sur la mainmorte*, chap. M-1, art. 10; la *Loi sur les mines*, chap. M-13, art. 296; la *Loi sur les parcs*, chap. P-9, art. 9; la *Loi sur la prévention des incendies*, chap. P-23, art. 4; la *Loi sur la probation et sur les établissements de détention*, chap. P-26, art. 23; la *Loi sur la protection de la santé publique*, chap. P-35, art. 69; la *Loi sur la protection du consommateur*, chap. P-40, art. 102; la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, chap. S-3, art. 39; la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, chap. S-5, art. 173; la *Loi sur les transports*, chap. T-12, art. 5; la *Loi sur les valeurs mobilières*, chap. V-1, art. 101.

Canada but not by respondent Laurier and intervenor Forest, that s. 133 of the *B.N.A. Act* does not apply to municipal and school bodies by-laws.

In our opinion, this submission is well founded in history and in law and must be acceded to.

Municipal corporations have been in existence since long before Confederation, with power to make regulations of a local nature. Unlike the language of the Legislature, the language in which these regulations were to be made and published does not appear to have been the subject of controversy. But it could not escape being in the minds of the Fathers of Confederation since any linguistic issue was a sensitive one and the language of municipal by-laws in Lower Canada had been expressly regulated by the Legislature before Confederation.

For instance, *An Act to incorporate the Town of Joliette* (1863 (Can.), c. 23, s. 43) provided that by-laws be published only in French (see Claude-Armand Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, 1971, 10th Study of the Royal Commission on Bilingualism and Biculturalism, at pp. 229 et reg.).

More importantly, the first subsection of s. 10 of *An Act respecting Municipalities and Roads in Lower Canada* (C.S.L.C. 1860, c. 24) provided for the publication of by-laws by municipal councils. Subsection 2 of s. 10 read in part as follows:

> **2.** In parishes, the council shall also publish all by-laws, by causing them to be read in the English and French languages, unless the use of either of the said languages be dispensed with, and then in that one of the said languages which should be used . . .

Section 11 read as follows:

> **11.** The Governor may, by order in council, declare that the publication to be made under this Act of any notice, by-law or resolution, shall be made in one language only, in any municipality the council whereof have shewn that such publication may be so made without detriment to any of the inhabitants thereof; the Provincial Secretary shall cause a copy of every such

paux et scolaires; le procureur général du Canada le concède avec certaines réserves, mais ni l'intimé Laurier ni l'intervenant Forest ne l'admettent.

A mon avis, cette prétention est bien fondée des points de vue historique et juridique et doit être admise.

Les corporations municipales existaient bien avant la Confédération et pouvaient faire des règlements de nature locale. Contrairement au cas de la Législature, la langue utilisée dans la rédaction et la publication de ces règlements n'a apparemment pas fait l'objet de controverse. Les Pères de la Confédération ont inévitablement dû l'avoir à l'esprit puisque la question linguistique était délicate et que la Législature, avant la Confédération, avait expressément réglementé la langue utilisée dans les règlements municipaux au Bas Canada.

Par exemple, l'*Acte pour incorporer la ville de Joliette* (1863 (Can.), chap. 23, art. 43) prévoyait la publication des règlements municipaux en français seulement (voir Claude-Armand Sheppard, *The Law of Languages in Canada*, 1971, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, 10e étude, aux pp. 229 et suiv.).

Ce qui est encore plus important, le premier paragraphe de l'art. 10 de l'*Acte concernant les Municipalités et les Chemins dans le Bas Canada* (S.R.B.C. 1860, chap. 24) régissait la publication des règlements par les conseils municipaux. Le paragraphe 2 de l'art. 10 se lit en partie comme suit:

> **2.** Dans les paroisses, le conseil publiera aussi tous les règlements, en les faisant lire dans les langues anglaise et française, à moins que dispensation de l'emploi de l'une ou de l'autre de ces langues ne soit accordée, et alors seulement dans la langue dont usage doit être fait . . .

Voici le texte de l'art. 11:

> **11.** Le gouverneur pourra, par ordre en conseil, déclarer que la publication, sous l'autorité du présent acte, de tout avis, règlement ou résolution, sera faite dans une langue seulement, dans toute municipalité dont le conseil aura fait voir que pareille publication peut se faire de cette manière sans préjudice aux habitants de la municipalité; le secrétaire provincial fera insérer une

order in council to be inserted in *The Canada Gazette*, and from the date of such insertion the publication of all such notices, by-laws and resolutions may be legally made in the municipality referred to in such order in council, in that language only which is thereby prescribed.

These provisions were continued by s. 129 of the *B.N.A. Act* and, three years after Confederation, found their way in expanded form into the first *Municipal Code of the Province of Quebec* (1870 (Que.), c. 68) the fifth chapter of which is entitled "Of the Languages to be used in the Council and the Municipal Proceedings" and comprises these four sections:

241. In the sessions of council, whoever has a right to be heard, may use either the French or the English language.

242. The books, records and proceedings of every municipal council are kept, and all certificates of publication or service, and every other document produced or filed in the office of the council, are written in either the French or the English language.

243. In any municipality for which there is no order of the lieutenant-governor in council, in virtue of the tenth section of the consolidated municipal act of Lower Canada or of the following article, the publication of every notice, by-law, resolution or order of the council, by posting, reading aloud or insertion in the newspapers, must be made in the French and English language.

244. The lieutenant-governor by an order in council, upon a petition being made to him to that effect by any municipal council, may declare that the publication of any public notice, by-law, resolution or order of the council, in such municipality, except such as are required to be made in the official Gazette of the province, shall be made thereafter in one language only. Such language is determined by the said order in council.

The resolution under which the petition of the council is made, cannot be adopted until after a public notice to that effect has been given to the inhabitants of the municipality.

A copy of such order by the lieutenant-governor in council, is transmitted without delay to the secretary-treasurer of the municipality to which it applies.

However, up to this day, under the *Cities and Towns Act*, (R.S.Q. 1977, c. C-19), ss. 335, 345, 353, 362, all by-laws enacted by cities and towns

copie de tel ordre en conseil dans la *Gazette du Canada*, et à compter de cette insertion, la publication de ces avis, règlements et résolutions pourra être légalement faite, dans la municipalité mentionnée dans l'ordre en conseil, dans la langue seule qu'il prescrira.

L'article 129 de l'*A.A.N.B.* a maintenu ces dispositions en vigueur et, trois ans après la Confédération, elles ont été insérées, sous une forme plus élaborée, dans le premier *Code Municipal de la Province de Québec* (1870 (Qué.), chap. 68), dont le chapitre cinquième est intitulé «Des langues en usage dans le conseil et dans les procédures municipales» et comprend quatre articles:

241. Dans les sessions du conseil, quiconque a droit d'y être entendu, peut faire usage de la langue française ou de la langue anglaise.

242. Les livres, registres et procédures de tout conseil municipal sont tenus, et les certificats de publication ou de signification et tout autre document déposé ou produit au bureau du conseil sont rédigés, dans la langue française ou dans la langue anglaise.

243. Dans toute municipalité pour laquelle il n'existe pas d'ordre du lieutenant-gouverneur en conseil, donné en vertu de la dixième section de l'acte municipal refondu du Bas-Canada ou de l'article suivant, la publication de tout avis, règlement, résolution ou ordre du conseil, par affiche, par lecture ou dans les papiers-nouvelles, doit être faite dans les langues française et anglaise.

244. Le lieutenant-gouverneur, par un ordre en conseil sur une requête faite à cette fin par le conseil de toute municipalité, peut prescrire que les publications de tout avis public, règlement, résolution ou ordre du conseil, dans cette municipalité, sauf celles requises dans la *Gazette Officielle* de la province, se fassent à l'avenir, dans une seule langue. Cette langue est déterminée dans l'ordre en conseil.

La résolution, en vertu de laquelle la requête du conseil est faite, ne peut être adoptée qu'après qu'un avis public à cet effet a été donné aux habitants de la municipalité.

Une copie de l'ordre du lieutenant-gouverneur en conseil est expédiée sans délai au secrétaire-trésorier de la municipalité pour laquelle il est donné.

Toutefois, jusqu'à ce jour, en vertu de la *Loi sur les cités et villes* (L.R.Q. 1977, chap. C-19), art. 335, 345, 353, 362, tous les règlements adoptés par

must be published in both languages. No exception is contemplated.

Some municipal corporations must have been illegally enacting regulations in one language only for the *Act to Validate the Publication of Certain Municipal Notices* (R.S.Q. 1941, c. 229) was passed to legalize the situation for the period prior to April 11, 1935. (See Claude-Armand Sheppard, *supra*, at p. 233.)

Thus, before as well as immediately after Confederation and later, official bilingualism was not necessarily the rule in practice with respect to municipal by-laws.

Furthermore, the Legislature never entertained any doubt about its power to regulate this matter. It simply assumed jurisdiction and occupied the field unchallenged.

Last but not least, municipal institutions constitute a distinct albeit subordinate order of government at the local level, the administration of which is usually in the hands of locally elected mayors and members of council. Their growth and the multiplication of their regulations were inherent in their nature and accordingly foreseeable. Since the provinces were explicitly given the power to make laws relating to those institutions in s. 92(8) of the *B.N.A. Act*, the absence of any reference to them in s. 133 cannot possibly be viewed as an oversight. It is a purposeful silence to which effect must be given if the intent of the Fathers of Confederation is to be respected.

Much the same can be said, *a fortiori*, about school bodies regulations. Education falls under provincial legislative authority subject to the denominational principles stated in s. 93 of the *B.N.A. Act*. It was quite foreseeable that school districts and school bodies would be organized along even more homogeneous linguistic lines than municipal corporations. Yet, the safeguards provided by s. 93 are of a religious, not of a linguistic nature. As was observed by Lord Buckmaster in *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools*

les cités et villes doivent être publiés dans les deux langues. Aucune exception n'est prévue.

Quelques municipalités ont dû illégalement adopter des règlements dans une langue seulement puisqu'on a promulgué la *Loi pour valider la publication de certains avis municipaux* (S.R.Q. 1941, chap. 229) pour légaliser la situation pour la période antérieure au 11 avril 1935. (Voir Claude-Armand Sheppard, précité, à la p. 233.)

Donc, tant avant la Confédération qu'immédiatement après et plus tard, le bilinguisme officiel n'était pas nécessairement la règle observée en pratique en matière de règlements municipaux.

De plus, la Législature n'a jamais douté de son pouvoir de réglementer cette question. Elle a simplement assumé la compétence et occupé le domaine sans que ce soit contesté.

Enfin, les institutions municipales constituent au niveau local un ordre de gouvernement distinct, bien que subordonné, dont l'administration est ordinairement confiée aux maires et membres du conseil élus localement. Leur essor et la multiplication de leurs règlements étaient inhérents à leur nature et, partant, prévisibles. Puisque le par. 92(8) de l'*A.A.N.B.* donne expressément aux provinces le pouvoir de faire des lois relatives à ces institutions, le mutisme de l'art. 133 à leur égard ne peut vraiment pas être considéré comme un oubli. Ce silence est voulu et il faut en tenir compte si l'on veut respecter l'intention des Pères de la Confédération.

A plus forte raison, on peut dire à peu près la même chose des règlements adoptés par les organismes scolaires. L'éducation relève du pouvoir législatif provincial, sous réserve des principes relatifs aux écoles confessionnelles énoncés à l'art. 93 de l'*A.A.N.B.* Il était tout à fait prévisible que les commissions scolaires soient structurées d'une façon beaucoup plus homogène au plan linguistique que les conseils municipaux. Cependant, les garanties accordées par l'art. 93 sont de nature religieuse et non linguistique. Comme l'a fait

for the City of Ottawa v. Mackell[6], at p. 74.

... the only section in the British North America Act, 1867, which relates to the use of the English and French languages (s. 133) does not relate to education, and is directed to an entirely different subject-matter.

Since the *B.N.A Act* is explicit on the subject of religious safeguards with respect to education, its silence on the language of school by-laws is also a deliberate one. It is a silence which speaks and it speaks against the application of s. 133 to school by-laws.

In oral argument, counsel for the Attorney General of Canada submitted that municipal by-laws are governed by s. 133 of the *B.N.A. Act* whenever they are made subject either to approval or to disallowance by the Government*.

In our view, no such extension is warranted.

Municipal by-laws constitute a separate and distinct class of regulations. As we have seen, they are the legislative enactments of a third level of government clearly contemplated by the *B.N.A. Act* and yet not mentioned in s. 133. The fact that they may be subject to the control or supervision of the Government by way of required approval or potential disallowance does not alter their municipal character nor the constitutional intent to subtract them from the operation of s. 133.

Counsel for respondent Laurier and intervenor Forest expressed reservations as to the appropriateness of a judgment couched in general terms in a case where municipal corporations are not represented and when cases concerning some of them might be pending before lower courts.

This comes close to submitting that we ought not to have ordered a rehearing. But as is noted in the order itself, neither respondent Laurier nor

[6] [1917] A.C. 62.

* Some by-laws are subject to the approval of the Government which may take the form of an authorization and a great many if not all of them to disallowance: *Municipal Code*, arts. 388, 389b; *Cities and Towns Act*, R.S.Q. 1977, c. C-19, arts. 358, 409.

remarquer lord Buckmaster dans *Trustees of the Roman Catholic Separate Schools for the City of Ottawa v. Mackell*[6], à la p. 74.

[TRADUCTION] ... le seul article de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, qui se rapporte à l'utilisation des langues française et anglaise (art. 133) ne se rapporte pas à l'éducation et vise un objet tout à fait différent.

Puisque l'*A.A.N.B.* est explicite sur le sujet des garanties religieuses relativement à l'éducation, son silence sur la langue des règlements scolaires est également voulu. Ce silence est éloquent et s'oppose à l'application de l'art. 133 aux règlements scolaires.

Au cours du débat, l'avocat du procureur général du Canada a prétendu que les règlements municipaux sont régis par l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* lorsqu'ils sont assujettis à l'approbation ou au désaveu du gouvernement*.

A notre avis cette extension n'est pas justifiée.

Les règlements municipaux constituent une catégorie distincte et indépendante. Comme nous l'avons vu, ce sont des mesures législatives qui émanent d'un troisième niveau de gouvernement, qui sont manifestement prévues par l'*A.A.N.B.*, et qui ne sont toutefois pas mentionnées à l'art. 133. Le fait qu'elles soient assujetties au contrôle ou à la surveillance du gouvernement par le biais d'une approbation obligatoire ou d'un désaveu possible ne modifie pas leur caractère municipal ni l'intention constitutionnelle de les soustraire à l'application de l'art. 133.

Les avocats de l'intimé Laurier et de l'intervenant Forest ont exprimé des réserves quant à l'à-propos d'un jugement rédigé en termes généraux dans une affaire où les municipalités ne sont pas représentées alors que certaines d'entres elles sont peut-être intéressées dans des affaires pendantes devant des tribunaux d'instance inférieure.

Ceci revient presque à dire que nous n'aurions pas dû ordonner une nouvelle audition. Mais, comme l'énonce l'ordonnance elle-même, ni l'in-

[6] [1917] A.C. 62.

* Certains règlements sont assujettis à l'approbation du gouvernement qui peut prendre la forme d'une autorisation et la plupart, sinon tous, peuvent être désavoués: *Code municipal*, art. 388, 389b; *Loi des cités et villes*, L.R.Q. 1977, chap. C-19, art. 358, 409.

intervenor Forest objected to the rehearing. Furthermore, it is not unusual for a constitutional case pending before a lower court to be overriden by a judgment of this Court.

Counsel for respondent Laurier further represented that several aspects of the issue relating to municipal by-laws could not adequately be dealt with in this hearing. Thus, it was conceivable that some municipal charters did not find their source in post-Confederation provincial legislation. It was also arguable, in his submission, that language rights had ceased to be a merely local or provincial matter and, to paraphrase Lord Watson L.C., in *Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada*[7], at p. 364, had attained such dimensions as to become a matter of national concern lying outside the purview of s. 92 of the *B.N.A. Act*. It was contended that the question whether the Legislature could validly impose the majority language of the Province upon the inhabitants of a municipality speaking another language might have to be reconsidered in that light.

It should be observed in this regard that the Court is solely concerned with the applicability of s. 133 of the *B.N.A. Act* to regulations passed pursuant to a delegation of legislative power by the Legislature of Quebec. The Court refrains from expressing any view as to other issues which might relate to language rights and arise in future cases.

III Other regulations

This residual class includes all regulations of the civil administration and of semi-public agencies contemplated by the *Charter* other than government, municipal and school bodies regulations. However, this class does not include court rules of practice which will be separately dealt with later.

Appellant's counsel submitted that none of the regulations comprised in this class is governed by s. 133 of the *B.N.A. Act*. It was contended that the

[7] [1896] A.C. 348.

timé Laurier ni l'intervenant Forest ne se sont opposés à la nouvelle audition. De plus, il n'est pas exceptionnel qu'un arrêt de cette Cour se trouve à trancher une affaire constitutionnelle pendante devant un tribunal d'instance inférieure.

L'avocat de l'intimé Laurier a également allégué que plusieurs aspects de la question des règlements municipaux ne pouvaient être correctement examinés au cours de cette audition. Ainsi, il est concevable que la source de certaines chartes municipales ne se trouve pas dans des lois provinciales postérieures à la Confédération. On peut également soutenir, selon ses prétentions, que les droits linguistiques ne sont plus une question purement locale ou provinciale et, pour paraphraser le lord chancelier Watson, dans *Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada*[7], à la page 364, ont pris de telles proportions qu'ils sont devenus une question d'intérêt national dépassant la portée de l'art. 92 de l'*A.A.N.B.* On a prétendu qu'il serait peut-être nécessaire d'examiner dans cette optique la question de savoir si la Législature peut validement imposer la langue de la majorité de la province aux habitants d'une municipalité qui parlent une autre langue.

Il faut noter, à cet égard, que la Cour ne doit examiner ici que l'applicabilité de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* aux règlements adoptés en vertu d'un pouvoir législatif délégué par la législature du Québec. La Cour s'abstient de formuler une opinion relativement aux autres questions relatives aux droits linguistiques qui pourraient se présenter dans l'avenir.

III Les autres règlements

Cette catégorie résiduelle comprend tous les règlements de l'Administration et des organismes parapublics visés par la *Charte* excepté ceux du gouvernement et ceux des organismes municipaux ou scolaires. Cette catégorie ne comprend pas non plus les règles de pratique des tribunaux dont il sera traité séparément plus loin.

L'avocat de l'appelant plaide qu'aucun des règlements compris dans cette catégorie n'est régi par l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* Il soutient que la

[7] [1896] A.C. 348.

main reason why the reach of s. 133 had been extended by interpretation to cover regulations was the risk that the provisions of the section be circumvented by the use of regulations: this was the only reason which suggested a distinction between various classes of regulations; it could apply solely to regulations enacted by the Government since only the Government could possibly form the intent to circumvent s. 133 and exercise sufficient control or influence over the Legislature to carry it out.

In our opinion, this test is not the correct one.

The positions of the Attorney General of Canada and the Attorney General of Manitoba were practically the same on this issue. According to their submissions, regulations passed by agencies of the Government were subject to s. 133 of the *B.N.A. Act*; the correct test was the extent to which boards and other law-making bodies were controlled by the Government so that they could be said to be responsible through it to the Legislature. On the other hand, s. 133 did not govern the regulations of autonomous law-making agencies such as professional corporations. However, counsel for the Attorney General of Canada contended that even these were governed by s. 133 as long as they were subject to approval or disallowance by the Government.

Under the test proposed by the Attorney General of Canada and the Attorney General of Manitoba, the application of s. 133 would depend on the facts and circumstances of each case. In our view, this test is not the right one either. It is also most impractical. The residual class of regulations under consideration includes rules made by a large number of boards and other law-making agencies so diverse as to have little in common except their power to enact delegated legislation.

The number of members of such boards and bodies varies from one to more than two dozen. These members may be appointed by the Government with or without consultation of some other institution. They may be elected. The membership may also be partly elected and partly appointed.

raison principale pour laquelle on en est venu à étendre, par interprétation, l'application de l'art. 133 aux règlements, est la crainte du recours à des règlements pour contourner les dispositions de l'article; c'est la seule raison qui invite à faire une distinction entre les diverses catégories de règlements; elle ne peut s'appliquer qu'aux règlements adoptés par le gouvernement puisque lui seul pourrait éventuellement former l'intention de contourner l'art. 133 et exercer une influence ou un contrôle suffisants sur la Législature pour y parvenir.

A notre avis, ce critère n'est pas celui qu'il faut retenir.

Le procureur général du Canada et le procureur général du Manitoba sont pratiquement du même avis sur ce point. Selon eux, les règlements adoptés par les organismes du gouvernement sont assujettis à l'art. 133 de l'*A.A.N.B.*; le critère approprié est le degré de contrôle que le gouvernement exerce sur les bureaux et autres organismes législatifs, de sorte qu'on puisse dire que, par son intermédiaire, ces organismes sont responsables devant la Législature. Mais l'art. 133 ne régit pas les règlements d'organismes législatifs autonomes comme les ordres professionnels. Cependant, l'avocat du procureur général du Canada prétend que même les règlements de ces organismes sont régis par l'art. 133 tant qu'ils sont assujettis à l'approbation ou au désaveu du gouvernement.

Suivant le critère que proposent le procureur général du Canada et le procureur général du Manitoba, l'application de l'art. 133 dépend des faits et des circonstances de chaque espèce. A notre avis, ce critère n'est pas non plus celui qu'il faut retenir. Il est également des plus incommodes. La catégorie résiduelle de règlements à l'étude comprend les règles établies par un grand nombre de bureaux et autres organismes législatifs si divers qu'ils ont peu en commun si ce n'est le pouvoir législatif délégué.

Le nombre de membres de ces bureaux et organismes varie de un à plus de deux douzaines. Ces membres peuvent être nommés par le gouvernement après consultation d'une autre institution ou sans cela. Ils peuvent être élus ou en partie élus et en partie nommés. Certains titulaires, pas néces-

Some members but not necessarily all must sometime be chosen from limited groups including the judiciary. Appointments may be made during pleasure or for a fixed term. Salaries are fixed by the Legislature or by the Government if they come from the consolidated revenue fund, but they may come from other sources. The Government may or may not be given a power of supervision including the power to put a subordinate body under trusteeship in certain circumstances.

The Government may also be in a position to exercise some influence over subordinate agencies through the power of the purse. Given its overall control of the Legislature, it might be held responsible for practically every agency which, according to public opinion, may be thought not to be functioning properly. The responsibility of the Government is a matter of degree and varies infinitely and minutely from case to case. It cannot, without causing hopeless confusion and uncertainty, be retained as a criterion for our purposes.

In order to determine the proper test, one must keep two sets of considerations in mind.

First, the proliferation of these other regulations was at least as unforeseeable as that of Government regulations which, unlike municipal and school board by-laws could not have been originally intended to escape the operation of s. 133 of the *B.N.A. Act*.

Second, while the ordinary meaning of the words "Acts ... of the Legislature" in s. 133 must be departed from to prevent the requirements of the section from being frustrated, it cannot be stretched beyond what is necessary to accomplish this purpose.

Inadequate as they may be, the two tests suggested by counsel for the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Canada and the Attorney General of Manitoba nevertheless point in the right direction in that they both emphasize some connexion between the Legislature and delegated legislation, apart from the delegation itself. This connexion is the decisive factor in so far as

sairement tous, doivent parfois être pris dans un groupe restreint, y compris dans la magistrature. Ils peuvent être nommés à titre amovible ou pour un temps déterminé. Leur rémunération est fixée par la Législature ou par le gouvernement si elle est prélevée sur le fonds du revenu consolidé, mais elle peut provenir d'autres sources. Le gouvernement peut éventuellement avoir à leur égard un pouvoir de contrôle, y compris le pouvoir, dans certaines circonstances, de mettre un organisme subordonné en tutelle.

Le gouvernement peut également être en mesure d'exercer une certaine influence sur des organismes subordonnés par le biais de la trésorerie. Vu son contrôle général sur la Législature, le gouvernement peut être tenu responsable de presque tout organisme que l'opinion publique estime ne pas bien fonctionner. La responsabilité du gouvernement est une question de degré. Elle varie d'un organisme à l'autre presque à l'infini et parfois sur de simples détails. On ne peut, sans risque de confusion et incertitude irrémédiables, l'adopter comme critère en l'espèce.

Pour fixer le bon critère, il faut avoir deux ensembles de considérations à l'esprit.

Premièrement, la prolifération de ces autres règlements était au moins tout aussi imprévisible que celle des règlements du gouvernement que, contrairement aux règlements des conseils municipaux et scolaires, l'on n'a pas pu, à l'origine, vouloir soustraire à l'application de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.*

Deuxièmement, bien qu'il faille s'éloigner du sens ordinaire de l'expression "actes ... de la législature" de l'art. 133 pour empêcher que l'on y fasse échec, on ne peut pas l'étendre au delà de ce qui est nécessaire à cette fin.

Tout inadéquats que puissent être les deux critères avancés par les avocats du procureur général du Québec, du procureur général du Canada et du procureur général du Manitoba, ils indiquent néanmoins la bonne direction, en ce sens qu'ils font tous deux ressortir un certain rapport entre la Législature et la législation déléguée, indépendamment de la délégation elle-même. Ce rapport cons-

the subjection of Government regulations to s. 133 of the *B.N.A. Act* is concerned. There is no reason to select a different element with respect to other regulations. It is because in our constitutional system the enactments of the Government should be assimilated with the enactments of the Legislature that they are governed by s. 133. Other regulations must in our opinion be viewed in the same light when they can also properly be said to be the enactments of the Government.

This happens whenever these other regulations are made subject to the approval of the Government.

The particular form of words used in this respect by various statutes matters little. Whether it be provided that some regulations "shall have no force and effect until approved and sanctioned by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not be carried into execution until approved by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not have force and effect until confirmed by the Lieutenant-Governor in Council", they can be assimilated with the enactments of the Government and therefore of the Legislature as long as positive action of the Government is required to breathe life into them. Without such approval or confirmation, they are a nullity (*North Coast Air Services Ltd. v. Canadian Transport Commission*[8]) or at least inoperative. The Government does legislate in approving them in the same way as one house legislates in a bicameral legislature when it passes a bill already passed by the other house, or the Lieutenant-Governor when he assents to a bill passed by the house of the now unicameral Legislature.

Regulations which are subject to disallowance by the Government are different. They have an independent life of their own. Their disallowance is a contingency. And even when they are disallowed, they probably are fully effective for the period

[8] [1968] S.C.R. 940.

titue le facteur décisif en ce qui concerne l'assujettissement des règlements du gouvernement à l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* Il n'y a aucune raison de choisir un élément différent pour les autres règlements. C'est parce que dans notre régime constitutionnel, les mesures édictées par le gouvernement doivent être assimilées aux mesures adoptées par la Législature qu'elles sont régies par l'art. 133. A notre avis, les autres règlements doivent être considérés sous le même angle quand on peut dire à bon droit que ce sont des mesures édictées par le gouvernement.

C'est le cas chaque fois que ces autres règlements sont soumis à l'approbation du gouvernement.

Le texte particulier des différentes lois importe peu à cet égard. Que la loi dispose que certains règlements «n'entreront en vigueur que lorsqu'ils auront été approuvés et sanctionnés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «ne seront pas mis à exécution avant d'avoir été approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «n'auront aucun effet avant d'avoir été confirmés par le lieutenant-gouverneur en conseil», ils peuvent être assimilés à des mesures du gouvernement et, par conséquent, de la Législature tant qu'une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie. Sans cette approbation ou confirmation, ils sont nuls (*North Coast Air Services Ltd. c. Commission canadienne des transports*[8]) ou à tout le moins inopérants. Lorsqu'il les approuve, le gouvernement légifère de la même façon que le fait une chambre dans un régime bicaméral lorsqu'elle adopte un projet de loi déjà adopté par l'autre chambre, ou de la même façon que le fait le lieutenant-gouverneur lorsqu'il sanctionne un projet de loi adopté par la seule chambre qui compose maintenant la Législature.

Il en est autrement pour les règlements qui sont assujettis au désaveu du gouvernement. Ils ont une existence propre. Leur désaveu constitue une éventualité. Et même lorsqu'il survient, ils ont probablement eu plein effet pendant la période qui l'a

[8] [1968] R.C.S. 940.

preceding their disallowance. (See, by analogy, the effect of disallowance on provincial legislation under a similarly worded enactment: *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Ry. Co.*[9]).

Under the statutes now in force in Quebec, regulations which are subject to the approval of the Government and therefore to s. 133 of the *B.N.A. Act* seem to be almost as numerous as those of the Government itself *.

IV Court rules of practice

The status of English and French in Quebec courts under s. 133 of the *B.N.A. Act* exhibits a continuous practice going back almost to the beginning of the British rule. Since 1774, either French or English was used in court and in court proceedings and court processes**. (However, a 1785 Ordinance provided for the serving of writs of summons in the language of the defendant in all suits of £10 or less and in some suits over £10 (1785, 25 Geo. III, c. 2). It was repealed in 1801 (1801, 41 Geo. III, c. 7)).

précédé. (Voir, par analogie, l'effet du désaveu d'une loi provinciale en vertu d'une disposition formulée en termes analogues: *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Ry. Co.*[9]).

En vertu des lois présentement en vigueur au Québec, les règlements qui sont assujettis à l'approbation du gouvernement, et par conséquent à l'art. 133 de l'*A.A.N.B.*, semblent presque aussi nombreux que les règlements du gouvernement lui-même*.

IV Les règles de pratique des tribunaux

Le statut de l'anglais et du français devant les tribunaux du Québec au sens de l'art. 133 de l'*A.A.N.B.* révèle une pratique continue qui remonte presque au début du régime britannique. Depuis 1774, l'anglais et le français ont été en usage devant les tribunaux ainsi que dans leurs procédures et brefs**. (Cependant, une ordonnance de 1785 prescrivait la signification des brefs d'assignation dans la langue du défendeur dans toutes les causes où la valeur en litige était d'au plus 10£ et dans certaines causes où cette valeur était supérieure à 10£ (1785, 25 Geo. III, chap. 2). Cette ordonnance a été abrogée en 1801 (1801, 41 Geo. III, chap. 7)).

[9] [1922] 1 A.C. 202.

* They would appear to include regulations made by the following bodies the list of which is illustrative only and is not meant to be exhaustive. All the references are to the R.S.Q. 1977: Bureau established within professional corporations, *Professional Code*, c. C-26, s. 95; the Board of the Caisse de dépôt et placement du Québec, *An Act respecting the Caisse de dépôt et placement du Québec*, c. C-2, s. 13; the Catholic Committee and Protestant Committee of the Conseil supérieur de l'éducation, *An Act respecting the Conseil supérieur de l'éducation*, c. C-60, ss. 22, 23; Parity Committees, *An Act respecting Collective Agreement Decrees*, c. D-2, s. 19; the Commission des accidents du travail, *Workmen's Compensation Act*, c. A-3, s. 72; the Commission de police du Québec, *Police Act*, c. P-13, ss. 18 and 19; the Commission des services juridiques, *Legal Aid Act*, c. A-14, s. 80; the Institut québécois du cinéma, *An Act respecting the Cinema*, c. C-18, ss. 68 and 69; the Office de la construction du Québec, *An Act respecting Labour Relations in the Construction Industry*, c. R-20, ss. 80 and 82; the Office des autoroutes du Québec, *Autoroutes Act*, c. A-34, s. 23; the Office du Crédit agricole, *Farm Credit Act*, c. C-75, s. 13; the Régie de l'assurance-dépôts du Québec, *Deposit Insurance Act*, c. A-26, ss. 43 to 45.

** French would appear to have been used very little if at all as the language of the courts prior to 1774: Herbert Marx, "Language Rights in the Canadian Constitution", (1967) 2 R.J.T. 239 at pp. 245, 270.

[9] [1922] 1 A.C. 202.

* Ils comprendraient les règlements établis par les organismes suivants dont la liste est simplement explicative et ne doit pas être tenue pour complète. Tous les renvois sont aux L.R.Q. 1977: Bureau institué au sein d'une corporation professionnelle, *Code des professions*, chap. C-26, art. 95; le Conseil d'administration de la Caisse de dépôt et placement du Québec, *Loi sur la Caisse de dépôt et placement du Québec*, chap. C-2, art. 13; le comité catholique et le comité protestant du Conseil supérieur de l'éducation, *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, chap. C-60, art. 22, 23; le comité paritaire, *Loi sur les décrets de convention collective*, chap. D-2, art. 19; la Commission des accidents du travail, *Loi sur les accidents du travail*, chap. A-3, art. 72; la Commission de police du Québec, *Loi de police*, chap. P-13, art. 18 et 19; la Commission des services juridiques, *Loi sur l'aide juridique*, chap. A-14, art. 80; l'Institut québécois du cinéma, *Loi sur le cinéma*, chap. C-18, art. 68 et 69; l'Office de la construction du Québec, *Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction*, chap. R-20, art. 80 et 82; l'Office des autoroutes du Québec, *Loi sur les autoroutes*, chap. A-34, art. 23; l'Office du crédit agricole, *Loi sur le crédit agricole*, chap. C-75, art. 13; la Régie de l'assurance-dépôts du Québec, *Loi sur l'assurance-dépôts*, chap. A-26, art. 43 à 45.

** L'usage du français semble rare, sinon absent, comme langue des tribunaux avant 1774: Herbert Marx, «Language Rights in the Canadian Constitution», (1967) 2 R.J.T. 239, aux pp. 245 et 270.

The use of the French language did not go unchallenged. It was recognized by a four judge Court of King's Bench in *Rex v. Talon* (this is an 1812 case the report of which comes from the private archives of one of the judges: Maréchal Nantel, "La langue française au Palais", (1945) 5 R. du B. 201, at pp. 203-4) but there are single judge's decisions to the contrary (*Hamel v. Joseph*, an 1827 case reported in 1847-48, 3 R. de L. 400; Maréchal Nantel, *supra*, at p. 205). The use of the English language was taken for granted.

Although French ceased to be recognized as an official statutory language from 1840 to 1846 under s. 41 of the *Union Act, 1840* (1840 (U.K.), c. 35), it continued to be used in court on the same footing as English, as appears from the reported cases of the period, such as can be found in the Revue de Législation et de Jurisprudence.

A 1793 Ordinance denied Quebec courts the legislative power which French courts or *"parlements"* did exercise in decisions called *"arrêts de règlement"* (1793, 34 Geo. III, c. 6, s. 8), but some Quebec courts were empowered to adopt rules of practice from 1785 and 1787 (1785, 25 Geo. III, c. 2; 1787, 27 Geo. III, c. 4; see A.A. Bruneau J.S.C., "De la limite des pouvoirs des juges et des tribunaux", (1924) 2 R. du D. 289), starting with the Court of Appeal

> to regulate, effectuate and accelerate the proceedings in all causes of appeal, for the advancement of justice, and to prevent unnecessary delays and expense in the same.

From that early period to the present time, rules of practice appear to have been published in both languages except, oddly, the latest rules of the Court of Appeal, dated June 2, 1978, the English version of which is still unavailable.

When the *B.N.A. Act* came into force on July 1, 1867, the first Quebec *Code of Civil Procedure* had just been proclaimed three days previously, on June 28, 1867 (*An Act respecting the Code of*

L'usage de la langue française ne s'est pas fait sans contestation. Il a été reconnu par une formation de quatre juges de la Cour du Banc du Roi dans *Rex v. Talon* (il s'agit d'un arrêt de 1812 dont la publication est tirée des archives privées d'un des juges: Maréchal Nantel, «La langue française au Palais», (1945) 5 R. du B. 201, aux pp. 203 et 204) mais on trouve des décisions en sens contraire rendues par un seul juge (*Hamel v. Joseph*, un jugement de 1827 publié à 1847-48, 3 R. de L. 400; Maréchal Nantel, précité, à la p. 205.) L'usage de la langue anglaise a été considéré comme allant de soi.

Le français a cessé d'être reconnu comme langue officielle de 1840 à 1846 en vertu de l'art. 41 de l'*Acte d'Union, 1840* (1840 (R.-U.), chap. 35), mais il a continué d'être utilisé devant les tribunaux au même titre que l'anglais, comme on peut le constater à la lecture des décisions publiées de l'époque, notamment dans la Revue de Législation et de Jurisprudence.

Une ordonnance de 1793 a nié aux tribunaux québécois le pouvoir législatif que les tribunaux français ou «parlements» exerçaient dans des décisions appelées «arrêts de règlement» (1793, 34 Geo. III, chap. 6, art. 8), mais quelques tribunaux québécois ont été autorisés à adopter des règles de pratique entre 1785 et 1787 (1785, 25 Geo. III, chap. 2; 1787, 27 Geo. III, chap. 4; voir A.A. Bruneau J.C.S., «De la limite des pouvoirs des juges et des tribunaux», (1924) 2 R. du D. 289), à commencer par la Cour d'appel qui a reçu le pouvoir

> de faire des règles et ordres pour établir et accélérer les procédures dans les causes en appel, pour l'avancement de la justice, et pour empêcher les délais et dépenses inutiles.

Depuis cette époque reculée jusqu'à nos jours, les règles de pratique semblent bien avoir été publiées dans les deux langues, à l'exception curieusement des règles les plus récentes de la Cour d'appel, en date du 2 juin 1978, dont la version anglaise n'est pas encore disponible.

A l'entrée en vigueur de l'*A.A.N.B.* le 1er juillet 1867, le premier *Code de procédure civile* du Québec était proclamé depuis trois jours, soit depuis le 28 juin 1867 (*Acte concernant le Code de*

Civil Procedure of Lower Canada, 1866 (Can.), c. 25). Article 29 provided for the making by the judges of the Superior Court of

> any rules of practice that may be necessary for regulating proceedings ... in causes and matters before them ... and all matters of procedure not regulated by the Code ...

Article 1177 granted a similar power to the Court of Queen's Bench. This Code was continued in force under s. 129 of the *B.N.A. Act* and replaced by another in 1897 (*An Act respecting the Code of Civil Procedure of the Province of Quebec*, 1897 (Que.), c. 48) and still another in 1965 (1965 (Que.), c. 80). The latest Code provides for the enactment of rules of practice by each court: Article 47.

Rules of practice are not expressly referred to in s. 133 of the *B.N.A. Act*. Given the circumstances described above, they are unlikely to have been overlooked but in our view the draftsmen must have thought that they were subject to the section by necessary intendment.

The point is not so much that rules of practice partake of the legislative nature of the Code of which they are the complement. A more compelling reason is the judicial character of their subject-matter for which s. 133 makes special provision. Rules of practice may regulate not only the proper manner to address the court orally and in writing, but all proceedings, processes, certificates, styles of cause and the form of court records, books, indexes, rolls, registers, each of which may under s. 133, be written in either language. Rules of practice may also prescribe and do prescribe specific forms for proceedings and processes, such for instance as the motion for authorization to institute a class action or a judgment in a class action (*Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec in civil matters*, November 10, 1978, ss. 49 to 56), a proceeding in the Superior Court, a process of the Superior Court. All litigants have the fundamental right to choose either French or English and would be deprived of this freedom of choice should such rules and compulsory forms be couched in one language only.

Procédure Civile du Bas Canada, 1866 (Can.), chap. 25). L'article 29 prévoyait que les juges de la Cour supérieure pouvaient adopter

> toutes règles de pratique nécessaires pour la conduite ... des causes et matières qui sont soumises ... et aussi pour toutes autres matières de procédure qui ne sont pas réglées par ce code ...

L'article 1177 accordait un pouvoir analogue à la Cour du Banc de la Reine. Ce Code, maintenu en vigueur par l'art. 129 de l'*A.A.N.B.*, a été remplacé par un autre en 1897 (*Loi concernant le Code de procédure civile de la province de Québec*, 1897 (Qué.), chap. 48) et encore par un autre en 1965 (1965 (Qué.), chap. 80). Le dernier Code prévoit que chaque cour peut adopter des règles de pratique: Article 47.

L'article 133 de l'*A.A.N.B.* ne mentionne pas expressément les règles de pratique. Vu les circonstances que nous venons de décrire, il est improbable qu'on les ait oubliées; à notre avis, les rédacteurs ont dû penser qu'en toute logique, elles étaient nécessairement visées par l'article.

La question n'est pas tellement que les règles de pratique participent de la nature législative du Code dont elles sont le complément. Une raison plus impérieuse est le caractère judiciaire de leur objet que l'art. 133 vise expressément. Les règles de pratique peuvent réglementer non seulement la bonne façon de s'adresser à la cour oralement et par écrit, mais toutes les procédures, tous les brefs, certificats et intitulés, ainsi que la forme des archives, livres, index, rôles et registres de la cour, qui peuvent tous, en vertu de l'art. 133, être tenus dans l'une ou l'autre langue. Les règles de pratique peuvent également prescrire, et prescrivent effectivement, des formules précises d'actes de procédure et de brefs, par exemple la requête pour autorisation d'exercer le recours collectif ou un jugement dans un recours collectif (*Règles de pratique de la Cour supérieure de la province de Québec en matière civile*, le 10 novembre 1978, art. 49 à 56), une procédure en Cour supérieure, un bref de la Cour supérieure. Tous les plaideurs ont le droit fondamental de choisir le français ou l'anglais et seraient privés de cette liberté de choix si ces règles et formules obligatoires étaient rédigées en une seule langue.

Furthermore, and as was noted by Deschênes C.J.S.C., (at p. 49 of his reasons), this fundamental right is also guaranteed to judges who are at liberty to address themselves to litigants in the language of their choice. When they so address themselves collectively to litigants as they peremptorily do in rules of practice, they must necessarily use both languages if they wish to safeguard the freedom of each judge.

We accordingly reach the conclusion that, given the nature of their subject-matter, rules of court stand apart and are governed by s. 133 of the *B.N.A. Act*.

What was not contemplated in 1867 was the multiplication of non-curial adjudicative agencies. At p. 1029 of its reasons for judgment, this Court has already held that it could not ignore this modern development on overly-technical grounds and refuse to extend to proceedings before quasi-judicial tribunals the constitutional guarantee of the right to use either French or English by those subject to their jurisdiction. It would be equally overly-technical to hold that the rules of practice made by such tribunals should remain beyond the reach of s. 133 because their subject-matter is quasi-judicial in nature, rather than judicial.

V Conclusion

The constitutional question on the rehearing is answered as follows:

Section 133 of the *British North America Act* applies to regulations enacted by the Government of Quebec, a minister or a group of ministers and to regulations of the civil administration and of semi-public agencies contemplated by the *Charter of the French Language* which, to come into force, are subject to the approval of that Government, a minister or a group of ministers. Such regulations are regulations or orders which constitute delegated legislation properly so called and not rules or directives of internal management.

Section 133 also applies to rules of practice enacted by courts and quasi-judicial tribunals.

De plus, comme l'a noté le juge en chef Deschênes de la Cour supérieure (à la p. 49 de ses motifs), ce droit fondamental est également assuré aux juges qui sont libres de s'adresser aux plaideurs dans la langue de leur choix. Quand les juges s'adressent collectivement aux plaideurs comme ils le font de façon péremptoire dans les règles de pratique, ils doivent nécessairement utiliser les deux langues s'ils veulent respecter la liberté de chaque juge.

Par conséquent nous en venons à la conclusion qu'étant donné la nature de leur objet, les règles de cour constituent une catégorie particulière et sont régies par l'art. 133 de l'*A.A.N.B.*.

En 1867, on n'avait pas prévu la prolifération d'organismes non judiciaires investis du pouvoir de rendre la justice. A la p. 1029 de ses motifs de jugement, cette Cour a déjà conclu que ce serait être trop formaliste que de méconnaître cet essor actuel et refuser d'étendre aux procédures devant les tribunaux quasi judiciaires la garantie constitutionnelle qui reconnaît à ceux qui relèvent de leur compétence le droit d'utiliser le français ou l'anglais. Ce serait également être trop formaliste que de conclure que les règles de pratique établies par ces tribunaux devraient échapper à l'art. 133 parce que leur objet est de nature quasi judiciaire et non judiciaire.

V Conclusion

Voici la réponse à la question constitutionnelle qui fait l'objet de la nouvelle audition:

L'article 133 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* s'applique aux règlements adoptés par le gouvernement du Québec, un ministre ou un groupe de ministres ainsi qu'aux règlements de l'Administration et des organismes parapublics visés par la *Charte de la langue française* qui, pour entrer en vigueur, sont soumis à l'approbation de ce gouvernement, d'un ministre ou d'un groupe de ministres. Ces règlements sont ceux qui constituent de la législation déléguée proprement dite et non pas les règles ou directives de régie interne.

L'article 133 s'applique également aux règles de pratique adoptées par les tribunaux judiciaires et quasi judiciaires.

Section 133 does not apply to municipal or school bodies by-laws even when subject to the approval of the Government, a minister or a group of ministers.

No costs were asked for on the rehearing and there should be no order as to costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Bilodeau, Flynn, Boissonneault & Roy, Montreal; Jean K. Samson, Quebec; Henri Brun, Quebec.

Solicitors for the respondents Blaikie, Durand and Goldstein: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein, Litvack, Echenberg & Lipper, Montreal; Johnston, Heenan & Blaikie, Montreal; André Brossard, Montreal.

Solicitors for the respondent Laurier: Wood & Aaron, Montreal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: Langlois, Drouin, Roy, Fréchette & Gaudreau, Montreal; James Mabbut, Ottawa.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitors for the intervenor Forest: Hogues, Nepon & Sharp, Winnipeg.

L'article 133 ne s'applique pas aux règlements d'organismes municipaux ou scolaires même s'ils sont soumis à l'approbation du gouvernement, d'un ministre ou d'un groupe de ministres.

Aucune demande n'ayant été faite en ce sens, il n'y aura pas d'adjudication de dépens pour la nouvelle audition.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Bilodeau, Flynn, Boissonneault & Roy, Montréal; Jean K. Samson, Québec; Henri Brun, Québec.

Procureurs des intimés Blaikie, Durand et Goldstein: Chait, Salomon, Gelber, Reis, Bronstein, Litvack, Echenberg & Lipper, Montréal; Johnston, Heenan & Blaikie, Montréal; André Brossard, Montréal.

Procureurs de l'intimé Laurier: Wood & Aaron, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: Langlois, Drouin, Roy, Fréchette & Gaudreau, Montréal; James Mabbutt, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Procureurs de l'intervenant Forest: Hogues, Nepon & Sharp, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

Randy George Sherwood and Joseph Jean Ricard *Respondents.*

1981: May 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Appeal — No question of law alone on which dissent in Court of Appeal — Appeal dismissed.

APPEAL pursuant to s. 621(1)(*a*) of the *Criminal Code* from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia pronounced on June 26, 1980, whereby the appellant's appeal, taken in accordance with the provisions of s. 605(1)(*a*) of the *Criminal Code* from the judgment of Provenzano C.C.J. pronounced on June 15, 1979, acquitting the respondents on two counts of breaking, entering and theft, was dismissed. Appeal dismissed.

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

R. K. McRoberts, for the respondent Ricard.

L. A. Best, for the respondent Sherwood.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you Mr. McRoberts and Mr. Best. We are all of the opinion that there was in this case no question of law alone on which there was a dissent and, accordingly, this appeal must be dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: R. W. Cairns, Cranbrook.

Solicitors for the respondent Sherwood: Hislop & Co., Cranbrook.

Solicitor for the respondent Ricard: R. V. McRoberts, Invermere.

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

Randy George Sherwood et Joseph Jean Ricard *Intimés.*

1981: 6 mai.

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

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

Droit criminel — Appel — Dissidence ne portant pas sur une question de droit seulement en Cour d'appel — Pourvoi rejeté.

POURVOI en vertu de l'al. 621(1)*a*) du *Code criminel*, contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique rendu le 26 juin 1980, qui avait rejeté l'appel interjeté par l'appelante aux termes de l'al. 605(1)*a*) du *Code criminel* d'un jugement rendu le 15 juin 1979 par le juge Provenzano de la Cour de comté, acquittant les intimés sur deux chefs d'accusation, d'introduction par effraction et de vol. Pourvoi rejeté.

W. G. Burke-Robertson, c.r., pour l'appelante.

R. K. McRoberts, pour l'intimé Ricard.

L. A. Best, pour l'intimé Sherwood.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Me McRoberts et Me Best, il ne nous est pas nécessaire de vous entendre. Nous sommes tous d'avis qu'en l'espèce la dissidence ne portait pas sur une question de droit seulement et, par conséquent, ce pourvoi doit être rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: R. W. Cairns, Cranbrook.

Procureurs de l'intimé Sherwood: Hislop & Co., Cranbrook.

Procureur de l'intimé Ricard: R. V. McRoberts, Invermere.

Christian Thériault *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: December 17; 1981: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Judge's charge to jury — Failure to summarize certain testimony — Failure to simplify expert testimony.

Appellant was charged with murder in the first degree. Following an altercation in a tavern, he went to his home nearby, got a dismantled firearm, assembled and loaded it, returned to the tavern and shot the victim. The evidence disclosed that the accused had a history of mental disturbance and of treatment for drug and alcohol abuse. At his trial, the accused relied on the defence of insanity under s. 16(2) of the *Criminal Code*.

He was convicted by a judge and jury and the Court of Appeal dismissed his appeal.

Three grounds of appeal were submitted to the Court: 1. the evidence of insanity was not contradicted, and thus the jury verdict was incompatible with the evidence presented; 2. the trial judge did not adequately sum up the evidence, and thus the jury could not properly assess the defence presented; 3. the trial judge did not fully explain the defence of insanity, and thus the jury was not able to understand the characteristics of mental illness as defined by the law.

Held (Lamer J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.: For the reasons stated by Lamer J., grounds 1 and 3 are without merit and cannot be sustained. With regard to the second ground: the trial judge is not bound to summarize unimportant testimony, nor is he required to translate the language used by expert witnesses into the vernacular for the benefit of the jury; finally, the trial judge is not required in his summary of the evidence to refer to the testimony of every single witness. In the case at bar, the evidence of a policeman, a lawyer and a doctor was only peripheral, tending to demonstrate that the accused was mentally disturbed, a point which was not contested by the Crown: the essential difference was

Christian Thériault *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 17 décembre; 1981: 28 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Exposé du juge au jury — Omission de résumer certains témoignages — Omission de vulgariser des témoignages d'experts.

L'appelant est accusé de meurtre au premier degré. A la suite d'une bagarre dans un débit de boisson, il est allé, chez lui, tout près, prendre une arme à feu démontée, l'a montée puis l'a chargée, avant de revenir tirer sur la victime. La preuve révèle que l'accusé a des antécédents de troubles mentaux et de traitements pour abus de drogues et d'alcool. Au procès, l'accusé a invoqué la défense d'aliénation mentale prévue au par. 16(2) du *Code criminel*.

Il a été déclaré coupable par un juge et jury et la Cour d'appel a rejeté son appel.

Trois moyens d'appel ont été soumis à la Cour: 1. la preuve d'aliénation mentale n'a pas été contredite, de sorte que le verdict du jury est incompatible avec la preuve faite; 2. le premier juge a insuffisamment résumé la preuve de sorte que le jury n'a pu valablement apprécier la défense soumise; 3. le premier juge a mal expliqué la défense d'aliénation mentale, de sorte que le jury n'a pu comprendre les caractéristiques légales d'une maladie mentale.

Arrêt (le juge Lamer est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard: Pour les motifs énoncés par le juge Lamer, les moyens 1 et 3 sont mal fondés et ne peuvent être accueillis. En ce qui a trait au second moyen: le juge du procès n'est pas tenu de résumer les témoignages qui ne sont pas importants; il n'est pas tenu, non plus, de traduire, en langage populaire, pour le bénéfice du jury, le langage utilisé par les experts; enfin, le juge du procès n'est pas tenu, dans le résumé qu'il fait de la preuve, de mentionner les dépositions de tous et chacun des témoins. En l'espèce, les dépositions d'un policier, d'un avocat et d'un médecin n'étaient qu'accessoires et ne tendaient qu'à démontrer que l'accusé avait des troubles mentaux, ce que la

as to the accused's mental condition at the time of the offence alleged. Counsel for the accused himself referred to this evidence only in passing and did not comment, at the conclusion of the charge, on the failure of the judge to direct the attention of the jury to the testimony of these three persons. In the case at bar, failure to mention these witnesses does not constitute procedural error necessitating a new trial.

Per Lamer J., *dissenting*: The charge was relatively short in the case at bar. Certain testimony did not call for any further summary. Additionally, a judge is not obliged to simplify the testimony of an expert witness: he may ask the witness to do so himself, and if he does so in his charge to the jury, he must warn the jurors that his interpretation of the testimony is only an opinion, but he cannot be said to have failed to simplify. However, although a judge is not required to summarize all the evidence or refer the jury to the testimony of each and every one of the witnesses, he must draw the jury's attention to testimony and to passages from the testimony tending to support the defence argument. A summing up must be fair having regard to the circumstances of the particular case and the nature of the defence put forward by the accused, and the testimony by means of which it is presented. In the case at bar the accused, who pleaded insanity, having no witnesses to call who could have examined him shortly after the crime, called witnesses to testify to his condition before the crime and some time afterwards, and they indicated the possibility of a relapse, a matter of capital significance. Although in general a judge may take the short duration of the trial into account and conclude that the jurors still had all the evidence fresh in their minds, this fact clearly could not relieve him of the necessity of presenting the defence argument, or of doing so fairly.

[*Abrath v. North Eastern Ry. Co.* (1883), 11 Q.B.D. 440; *R. v. Demeter* (1975), 10 O.R. (2d) 321; *Savard and Lizotte v. The King*, [1946] S.C.R. 20; *Bray v. Ford*, [1896] A.C. 44; *Spencer v. Alaska Packers Association* (1904), 35 S.C.R. 362; *Azoulay v. The Queen*, [1952] 2 S.C.R. 495; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Lizotte v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 411; *Derek Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22; *Chartrand v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 314; *R. v. Borg*, [1969] S.C.R. 551, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], dismissing the appeal from a

[1] (1979), 5 C.R. (3d) 72.

poursuite ne contestait pas et ce qui n'était pas au cœur du débat, soit l'état mental de l'accusé au moment même de l'infraction imputée. D'ailleurs, l'avocat de l'accusé n'était lui-même passé que bien rapidement sur ces témoignages et n'a pas commenté, à la fin de son exposé, l'omission du juge d'attirer l'attention du jury sur ces trois témoignages. L'omission de mentionner ces témoins ne constitue pas, en l'espèce, une erreur de procédure qui nécessite la tenue d'un nouveau procès.

Le juge Lamer, *dissident*: En l'espèce, l'exposé a été relativement bref. Certains témoignages ne méritaient pas d'être résumés davantage. Par ailleurs, le juge n'est pas obligé de vulgariser ce qu'un expert a dit: il lui est loisible d'inviter le témoin à le faire lui-même, ou s'il le fait dans son adresse au jury, il doit alors prévenir les jurés que son interprétation des témoignages n'est qu'une opinion, mais on ne peut lui reprocher de n'avoir pas vulgarisé. Cependant, même si un juge n'a pas à résumer toute la preuve ni à référer les jurés à tous et chacun des témoignages, il ne lui faut pas moins attirer l'attention des jurés sur les témoignages et sur les passages de ceux-ci qui tendent à étayer la thèse de la défense. Un exposé doit être équitable eu égard aux circonstances propres à la cause et à la nature de la défense présentée par l'accusé et des témoignages qui la véhiculent. En l'espèce, l'accusé, qui invoquait son aliénation mentale, a fait entendre, à défaut de témoins qui auraient pu l'examiner peu après le crime, des témoins qui ont constaté son état avant le crime et quelque temps après et qui ont laissé voir la possibilité de rechute, possibilité qui est d'importance capitale. Si, règle générale, un juge peut tenir compte de la courte durée d'un procès pour croire que les jurés avaient encore frais à la mémoire tous les témoignages, cela ne saurait cependant le dispenser de présenter la théorie de la défense ni non plus de la présenter de façon équitable.

[Jurisprudence: *Abrath v. North Eastern Ry Co.* (1883), 11 Q.B.D. 440; *R. v. Demeter* (1975), 10 O.R. (2d) 321; *Savard et Lizotte c. Le Roi*, [1946] R.C.S. 20; *Bray v. Ford*, [1896] A.C. 44; *Spencer c. Alaska Packers Association* (1904), 35 R.C.S. 362; *Azoulay c. La Reine*, [1952] 2 R.C.S. 495; *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Lizotte c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 411; *Derek Clayton-Wright* (1948), 33 Cr. App. R. 22; *Chartrand c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 314; *R. c. Borg*, [1969] R.C.S. 551.]

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], rejetant l'appel de la déclaration de

[1] (1979), 5 C.R. (3d) 72.

guilty verdict of a judge and jury. Appeal dismissed, Lamer J. dissenting.

Alain Généreux, for the appellant.

Marc Vanasse, for the respondent.

English version of the judgment of Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ. delivered by

DICKSON J.—The appellant, Christian Thériault, was charged before judge and jury and convicted of murder in the first degree of Jimmy Massey, at Joliette, in the Province of Quebec. The facts and the circumstances of the murder were not contested. The appellant relied, however, upon the defence of insanity under s. 16(2) of the *Criminal Code*. He said that he had a disease of the mind to an extent that rendered him incapable of appreciating the nature and quality of his act or of knowing that the act was wrong. An appeal to the Court of Appeal of Quebec was dismissed (Bélanger and Jacques JJ.A., Kaufman J.A. dissenting).

I

The facts may be briefly stated. Shortly before 1:00 a.m. on the morning of July 2, 1976 an altercation took place between Thériault and one Claude Foucher in a tavern in the Hotel St-Louis in Joliette. The victim, Jimmy Massey, intervened to tell Thériault to leave. Thériault went to his home nearby, got a firearm which was in a box, dismantled. He assembled the firearm, loaded it with what he called a "slug", returned to the hotel and shot Massey through the head, killing him. After his arrest Thériault made a statement which was taken down in writing and confirmed the essential facts. He refused to sign the statement but initialed a correction. At the time Thériault was nineteen years of age with a history of mental disturbance and of treatment for drug and alcohol abuse.

The Crown and defence evidence was adduced during three and one-half days of trial. Twenty-one witnesses were called. On the morning of December 20, 1976, defence and Crown counsel delivered their respective addresses to the jury. Later on the same day, the trial judge delivered his

culpabilité prononcée par un juge et un jury. Pourvoi rejeté, le juge Lamer étant dissident.

Alain Généreux, pour l'appelant.

Marc Vanasse, pour l'intimée.

Le jugement du juge en chef Laskin et des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard a été rendu par

LE JUGE DICKSON—L'appelant, Christian Thériault, a été accusé et déclaré coupable par un juge et un jury du meurtre au premier degré de Jimmy Massey, à Joliette, dans la province de Québec. Les faits et circonstances du meurtre ne sont pas contestés. L'appelant a toutefois invoqué la défense d'aliénation mentale prévue au par. 16(2) du *Code criminel*. Il a soutenu qu'il souffrait de maladie mentale à un point qui l'avait rendu incapable de juger la nature et la qualité de son acte ou de savoir que l'acte était mauvais. L'appel à la Cour d'appel du Québec a été rejeté (les juges Bélanger et Jacques, le juge Kaufman étant dissident).

I

On peut énoncer brièvement les faits. Peu avant 1 h du matin le 2 juillet 1976, Thériault et un nommé Claude Foucher se sont bagarrés dans un débit de boisson à l'hôtel St-Louis, à Joliette. La victime, Jimmy Massey, était intervenue pour dire à Thériault de sortir. Thériault est allé chez lui, tout près, prendre une arme à feu qui s'y trouvait dans une boîte, démontée. Il a monté l'arme, l'a chargée avec ce qu'il a appelé une «slug», est retourné à l'hôtel, a tiré sur Massey qu'il a touché à la tête et tué. Après son arrestation, Thériault a fait une déclaration qui a été consignée par écrit et qui confirme les faits essentiels. Il a refusé de la signer, mais a initialé une correction. A l'époque, Thériault avait dix-neuf ans et il avait des antécédents de troubles mentaux et de traitements pour abus de drogues et d'alcool.

La preuve de la poursuite et celle de la défense ont duré trois jours et demi au procès. Vingt et un témoins ont déposé. Dans la matinée du 20 décembre 1976, les avocats de la défense et de la poursuite ont présenté leurs plaidoiries au jury. Plus tard le même jour, le juge du procès a fait son

charge and the verdict of the jury was rendered that evening.

II

On appeal to the Quebec Court of Appeal counsel for the accused took three points, which Bélanger J.A. summarized as follows:

[TRANSLATION] (1) the evidence of insanity at the time of the offence was not contradicted by the evidence for the prosecution, so that the jury verdict is incompatible with the evidence presented and unreasonable overall;

(2) this verdict was rendered because, in his charge, the trial judge did not sum up the evidence so that the jury could properly assess the defence presented;

(3) the trial judge did not give sufficient information on the defence of insanity to enable the jury to understand the characteristics of mental illness as defined by the law.

All of the judges in the Court of Appeal were of the view that grounds (1) and (3) were not well founded and could not be sustained. The same grounds of appeal, worded in slightly different language, were advanced in this Court. I have had the opportunity of reading the reasons prepared by my brother Lamer for delivery in this appeal. I share the view of Mr. Justice Lamer and of the judges of the Court of Appeal that neither of these grounds of appeal has merit and I do not think that I can usefully add anything to what has been said on these two grounds by Mr. Justice Lamer and the judges of the Quebec Court of Appeal.

The difference of opinion in the Quebec Appellate Court, and in this Court, arises in respect of what was the second ground of appeal in the Quebec Court and the first ground of appeal in this Court, namely, that the trial judge, in his charge to the jury, failed to deal adequately with the defence evidence. On this subject, Mr. Justice Bélanger noted that the inquiry had lasted only three and one-half days and that the Crown evidence in chief concluded on the second day, consisting, as it did, of the uncontested circumstances and acts constituting the offence. The two other days were devoted to proof of the insanity of the

exposé au jury qui a rendu son verdict le soir même.

II

Devant la Cour d'appel du Québec, l'avocat de l'accusé a soulevé trois points que le juge Bélanger résume de la façon suivante:

1) La preuve d'aliénation mentale au moment de l'infraction n'a pas été contredite par la preuve de la Couronne, de sorte que le verdict du jury est incompatible avec la preuve faite et déraisonnable dans son ensemble;

2) Ce verdict a été rendu parce que le premier juge, dans ses directives, n'a pas résumé la preuve de façon à ce que le jury puisse valablement apprécier la défense soumise;

3) Le juge de première instance n'a pas donné des informations suffisantes, sur la défense d'aliénation mentale, pour permettre au jury de comprendre ce qu'une maladie mentale devait avoir comme caractéristiques au sens de la loi.

Tous les juges de la Cour d'appel sont d'avis que les points 1) et 3) sont mal fondés et ne peuvent être accueillis. Les mêmes moyens d'appel, formulés de façon un peu différente, ont été soumis à cette Cour. J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge Lamer en l'espèce. Je partage l'avis du juge Lamer et des juges de la Cour d'appel que ni l'un ni l'autre de ces moyens d'appel n'est fondé et je ne crois pas pouvoir ajouter quoi que ce soit d'utile à ce qu'ont dit le juge Lamer et les juges de la Cour d'appel sur ces deux moyens.

La divergence d'opinions en Cour d'appel du Québec et en cette Cour vient du deuxième moyen d'appel soulevé en Cour d'appel et du premier moyen d'appel en cette Cour, c.-à-d. que, dans son exposé au jury, le juge du procès a insuffisamment résumé la preuve de la défense. A ce sujet, le juge Bélanger note que l'enquête n'a duré que trois jours et demi, que la preuve principale de la poursuite s'est terminée le deuxième jour et qu'elle a, en réalité, porté sur les circonstances et actes non contestés constitutifs de l'infraction. Les deux autres jours ont été consacrés à la preuve d'aliénation mentale et à la contre-preuve de la poursuite à

accused and Crown rebuttal evidence in respect of that defence. Mr. Justice Bélanger said:

[TRANSLATION] In my opinion, the trial judge adequately summarized the defence evidence, which the jurors certainly still had fresh in their minds. He referred to the main facts on which legal evidence was provided by witnesses who did not testify as expert witnesses, and to the broad outlines and conclusions of the opinions given by expert witnesses for the defence. He even read the jury extracts from the testimony of the chief expert witness for the defence. To my mind, he did not have to follow the expert witnesses in theories foreign to the standards of s. 16 of the *Criminal Code*, which are the only ones that should guide the jury.

Mr. Justice Jacques, who concurred in the judgment of Mr. Justice Bélanger was of the view that the medical diagnosis of the medical experts heard in defence had been recalled by the trial judge and that of Dr. Talbot, an important defence witness, cited "*in extenso*". Mr. Justice Jacques said:

[TRANSLATION] As was their right, the jurors chose the diagnosis made by the expert witness for the Crown. The reason they did so was surely not because the judge failed to explain the defence argument; he even said that he considered the extracts from the testimony of Dr. Talbot which he cited to be "most important".

Mr. Justice Kaufman in dissent expressed himself as unable to agree that the trial judge, in his charge to the jury, adequately dealt with the evidence on which the appellant's sole defence was based. It is upon Mr. Justice Kaufman's dissent that the appellant relies in coming to this Court without leave. Mr. Justice Kaufman observed that seven witnesses had been called by the accused: a social worker, a policeman, a lawyer, two general practitioners and two psychiatrists and that their evidence covered 276 pages of the Joint Record, of which 212 pages were devoted to psychiatric assessments. Mr. Justice Kaufman considered it imperative that the evidence be summed up for the jury not, as the trial judge said, by giving [TRANSLATION] "merely a very short summary of the testimony of these witnesses, what I regard as most important", but rather by "distilling" from the mass of evidence those parts which would help the jury in reaching their verdict.

The justice of appeal said:

The judge's résumé occupies less than five pages of the transcript, and while he did touch on some highlights, he

l'encontre de cette défense. Le juge Bélanger dit:

Je suis d'avis que le président du Tribunal a suffisamment résumé la preuve de la défense, que les jurés avaient sans doute encore frais à la mémoire. Il a référé aux faits principaux sur lesquels une preuve légale a été fournie par les témoins qui n'ont pas témoigné comme experts, de même qu'aux grandes lignes et aux conclusions des opinions exprimées par les experts de la défense. Il a même lu au jury des extraits du témoignage du principal expert de la défense. A mon sens, il n'avait pas à suivre les experts dans des démonstrations étrangères aux normes de l'article 16 du *Code criminel* les seules qui devaient guider le jury.

Le juge Jacques, qui souscrit aux motifs du juge Bélanger, a exprimé l'avis que les diagnostics établis par les médecins experts en défense ont été rappelés par le juge du procès et que celui du Dr Talbot, un témoin important de la défense, a été cité *in extenso*. Le juge Jacques dit:

Les jurés ont, comme c'était leur droit, choisi le diagnostic posé par l'expert de la Couronne. Et s'ils l'ont fait, ce n'est sûrement pas parce que le juge a omis d'exposer la théorie de la défense; il a même déclaré qu'il considérait les extraits du témoignage du docteur Talbot qu'il citait, «très importants».

Le juge Kaufman, dissident, s'est dit incapable de convenir que, dans son exposé au jury, le juge du procès a adéquatement traité de la preuve sur laquelle était fondée la seule défense de l'appelant. L'appelant se fonde sur la dissidence du juge Kaufman pour se pourvoir devant cette Cour sans autorisation. Le juge Kaufman fait remarquer que l'accusé a cité sept témoins: un travailleur social, un policier, un avocat, deux omnipraticiens et deux psychiatres et que leurs témoignages prenaient 276 pages du dossier conjoint, dont 212 étaient consacrées à des évaluations psychiatriques. Le juge Kaufman estime indispensable que les témoignages soient résumés à l'intention du jury non pas, comme l'a dit le juge du procès, en donnant «simplement un très petit résumé des témoignages de ces témoins, ce que je considère le plus important», mais plutôt en «distillant» de cette masse de preuves les parties susceptibles d'aider le jury à rendre son verdict.

Le juge de la Cour d'appel dit:

[TRADUCTION] Le résumé du juge s'étend sur moins de cinq pages des notes sténographiques, et bien qu'il ait

failed to review parts of the evidence which the defence clearly considered important. Thus, the lawyer, the policeman and one of the doctors are not mentioned at all, and while the impact of their testimony may not have been great, it should, at least, have been discussed.

souligné certains des points les plus importants, il n'a pas passé en revue les parties de la preuve qui étaient manifestement considérées comme importantes par la défense. Ainsi, aucune mention n'est faite de l'avocat, du policier et de l'un des médecins, et bien que l'impact de leurs témoignages n'ait peut-être pas été énorme, ils auraient dû au moins être discutés.

The next passage in the judgment of Mr. Justice Kaufman which I think is of particular importance is this:

As I indicated before, the defence, which was serious, should, in my view, have been put to the jury in much greater detail. It should also, where necessary, have been explained in terms which were more comprehensible than those employed by the witnesses. That is a difficult task, beset by the risk of losing precision. But, as was said by the Supreme Court of Canada in *Azoulay v. The Queen* (1952), 15 C.R. 181 [reported also in [1952] 2 S.C.R. 495] "highly technical and conflicting evidence" (of experts) must be stripped of non-essentials so that the jury may "fully appreciate the *value and effect* of the evidence" (per Taschereau J., at 184) [at p. 499 in the S.C.R. report].

Le passage suivant des motifs du juge Kaufman qui, à mon avis, prend une importance particulière, est le suivant:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit précédemment, la défense, qui était sérieuse, aurait dû, à mon avis, être soumise au jury avec beaucoup plus de précision. Au besoin, elle aurait dû être expliquée par des mots beaucoup plus simples que ceux utilisés par les témoins. C'est une tâche difficile qui comporte le risque d'être moins précis. Mais, comme l'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Azoulay c. La Reine* (1952), 15 C.R. 181, [également publié à [1952] 2 R.C.S. 495], il faut écarter ce qui n'est pas important dans «les témoignages très techniques et contradictoires» (des experts) de sorte que le jury puisse «apprécier pleinement *la valeur et l'effet* des témoignages» (le juge Taschereau, à la p. 184) [à la p. 499 du R.C.S.].

The first objection raised by Mr. Justice Kaufman was that the trial judge had given an overly short résumé of the evidence of some of the defence witnesses. I agree with my brother Lamer that when the trial judge spoke of giving a résumé of the evidence, he was referring simply to the testimony of the social worker and Dr. Reid. The testimony of these witnesses did not merit any more than a brief reference. The social worker had not seen the accused since 1973, three years before the crime was committed. Dr. Reid did not feel competent to express an opinion on the mental state of the accused, not being a psychiatrist.

Le premier reproche que fait le juge Kaufman est que le juge du procès a donné une résumé trop succinct des dépositions de certains témoins de la défense. Je suis d'accord avec mon collègue le juge Lamer que lorsque le juge du procès dit qu'il faisait un résumé des témoignages, il parlait simplement des témoignages du travailleur social et du D[r] Reid. Ces deux témoignages ne méritaient pas qu'on s'y appesantisse. Le travailleur social n'avait pas vu l'accusé depuis 1973, trois ans avant le crime. Le D[r] Reid ne s'était pas jugé compétent pour formuler une opinion sur l'état mental de l'accusé, vu qu'il n'était pas psychiatre.

The second objection of Mr. Justice Kaufman was that the trial judge did not explain to the jury in layman's language the technical testimony of the medical experts. Mr. Justice Kaufman felt that the evidence of these experts was overly technical and should have been simplified for the jury. On this point, in the Quebec Court of Appeal, Mr. Justice Jacques had this to say:

Le juge Kaufman reproche en deuxième lieu au juge du procès de ne pas avoir expliqué au jury, en des termes que les profanes comprendraient, les témoignages techniques des médecins. Le juge Kaufman estime que les témoignages de ces experts étaient trop techniques et auraient dû être transposés en termes abordables pour le jury. Sur ce point, voici ce qu'a dit le juge Jacques en Cour d'appel du Québec:

[TRANSLATION] In my opinion there is no need to require a trial judge to re-word in popular language the technical language used by expert witnesses, when the technical expressions have been explained during the course of the testimony.

Il m'apparaît inutile d'exiger d'un juge de première instance qu'il traduise à nouveau, en langage populaire, un langage technique utilisé par les experts, lorsque les expressions techniques ont été expliquées au cours des témoignages.

With respect, I agree with Jacques J.A. and Mr. Justice Lamer that there is no obligation on the trial judge to interpret the testimony of experts. Mr. Justice Kaufman speaks of the risk of "losing precision". Equally grave is the danger of error in translating technical language into common and everyday vernacular. If the testimony is highly technical counsel who has called the expert witness should ask the witness to explain himself in language the layman can understand. The judge may, in his discretion, decide that some simplification is desirable but failure on his part to undertake this difficult and potentially hazardous task is not, in my view, reversible error.

Avec égards, je suis d'avis, en accord avec le juge Jacques et le juge Lamer, que le juge du procès n'est pas tenu d'interpréter la déposition des experts. Le juge Kaufman parle du risque [TRADUCTION] «d'être moins précis». Tout aussi grave est le danger d'erreur dans la transposition du langage technique en langage de tous les jours. Si la déposition est de nature très technique, l'avocat qui a cité le témoin expert devrait lui demander de s'expliquer en des termes que le profane peut comprendre. Le juge peut décider, à sa discrétion, qu'il est souhaitable de simplifier un peu les explications; mais son omission d'entreprendre cette tâche difficile et potentiellement périlleuse ne constitue pas, à mon avis, une erreur donnant lieu à la cassation.

The final objection of Mr. Justice Kaufman and the one to which my brother Lamer would give effect was that the trial judge had not referred to the testimony of other defence witnesses: these witnesses were a policeman, a lawyer and another doctor.

Le dernier reproche du juge Kaufman et celui auquel mon collègue le juge Lamer donnerait effet est que le juge du procès n'a pas fait mention de la déposition des autres témoins de la défense, savoir un policier, un avocat et un autre médecin.

With the greatest of respect for the contrary opinion, I disagree. The evidence of the lawyer was that he had been consulted by the accused one month before the shooting after minor provocation from the police. To the lawyer, Thériault seemed lost, dangerous and aggressive. Thériault spoke of wanting to kill police officers. The evidence of the doctor, not a psychiatrist, was that he had seen the accused for fifteen minutes, one month before the shooting. Thériault had spoken to him of having problems and of hallucinations. He appeared anxious and aggressive. The doctor recommended psychiatric treatment and prescribed mild valium. The policeman had seen the accused in February of 1976, some months before the shooting. The evidence of these witnesses was only peripheral. At most, it demonstrated that the accused was mentally disturbed. This was not contested by the Crown. Thériault had been in treatment for an extended period some months before the shooting.

Avec les plus grands égards pour l'opinion contraire, je ne suis pas d'accord. Dans son témoignage, l'avocat dit que l'accusé l'a consulté un mois avant le crime, après une provocation mineure de la part de la police. Thériault lui a paru perdu, dangereux et agressif. Thériault disait vouloir tuer des policiers. Le médecin, qui n'est pas psychiatre, déclare dans son témoignage avoir rencontré l'accusé pendant quinze minutes, un mois avant le crime. Thériault lui a dit avoir des problèmes et des hallucinations. Il paraissait anxieux et agressif. Le médecin lui a recommandé un traitement psychiatrique et a prescrit un anxiolityque mineur. Le policier avait vu l'accusé en février 1976, quelques mois avant le crime. Les dépositions de ces témoins sont purement accessoires. Tout au plus démontrent-elles que l'accusé avait des troubles mentaux. Cela, la poursuite ne le conteste pas. Thériault avait subi des traitements pendant une période prolongée quelques mois

The issue at trial, however, was not the general mental health of the accused but whether he was, at the time of the offence alleged, 'insane' within the legal definition of the term. Was he incapable of appreciating the nature and quality of his act? The important defence evidence on this point was offered by the two psychiatrists. The defence would stand or fall on whether or not the jury accepted their testimony. The testimony of the other witnesses was of secondary importance. Mr. Justice Kaufman recognized that "the impact of their testimony may not have been great".

In his address to the jury, counsel for the accused devoted one paragraph to the evidence of the doctor. The evidence of the lawyer merited one paragraph. Thirty-three paragraphs of the address were devoted to the evidence of the two psychiatrists called by the defence. And properly so, because, as I have said, the only issue was insanity and the only persons who could speak authoritatively on that subject were the psychiatrists. The other background witnesses, including the lawyer and the doctor, who was not a psychiatrist, could only speak to what was a non-issue—the fact that Thériault was mentally disturbed.

It is important to note that the trial judge repeatedly directed the attention of the jury to the entirety of the evidence. He spoke of [TRANSLATION] "the evidence overall", "after examining all the evidence". The last words the jury heard from him before rendering their verdict were these:

[TRANSLATION] As I have already told you, you are bound to consider not only the evidence or testimony of the physicians, but all the evidence presented before you, before you arrive at a conclusion: you can take into account all the actions of the accused, the words spoken by him, his acts, immediately before, a long time before, and those which he did immediately before and at the instant of the crime.

Although by no means determinative, it is not irrelevant that counsel for the accused did not comment, at the conclusion of the charge, upon the failure of the trial judge to direct the attention of

avant le crime. Cependant, le point litigieux au procès n'était pas l'état de santé mentale général de l'accusé; il s'agissait plutôt de savoir si, au moment de l'infraction imputée, il était «aliéné» au sens de la définition légale du terme. Etait-il incapable de juger la nature et la qualité de son acte? Les témoignages importants cités par la défense sur ce point sont ceux des deux psychiatres. La réussite ou l'échec de la défense dépendait de l'acceptation de leurs dépositions par le jury. Les dépositions des autres témoins sont d'importance secondaire. Le juge Kaufman a reconnu que [TRADUCTION] «l'impact de leurs témoignages n'ait peut-être pas été énorme».

Dans sa plaidoirie au jury, l'avocat de l'accusé a consacré un seul alinéa au témoignage du médecin. De même le témoignage de l'avocat n'a fait l'objet que d'un seul alinéa. Trente-trois alinéas de la plaidoirie sont consacrés aux témoignages des deux psychiatres cités par la défense. Cela n'est que normal parce que, comme je l'ai déjà dit, le seul point litigieux est l'aliénation mentale et que les seules personnes vraiment qualifiées pour en parler sont les psychiatres. Les autres témoins, d'arrière-plan, y compris l'avocat et le médecin qui n'est pas psychiatre, ne pouvaient parler que de ce qui n'était pas en litige, savoir le fait que Thériault avait des troubles mentaux.

Il est important de signaler que le juge du procès a à maintes reprises attiré l'attention du jury sur l'intégralité de la preuve. Il a parlé de «la preuve prise dans son ensemble», «après avoir pris toute la preuve en considération». Les dernières paroles qu'il a adressées au jury avant que celui-ci ne rende son verdict sont les suivantes:

Comme je vous ai déjà dit, vous êtes obligés de prendre en considération non seulement la preuve ou le témoignage des médecins, mais toute la preuve versée devant vous, avant d'arriver à une conclusion, vous pouvez prendre en considération tous les gestes posés par l'accusé, les paroles exprimées par lui, ses actes, immédiatement avant, longtemps avant, et les actes posés par lui immédiatement avant et au moment du crime.

Bien que ce ne soit pas concluant, il n'est pas sans importance de remarquer que l'avocat de l'accusé n'a fait aucun commentaire, à la fin de l'exposé, sur l'omission du juge du procès d'attirer l'atten-

the jury to the evidence of the lawyer, the doctor and the policeman.

As Sir William Brett M.R. said in *Abrath v. North Eastern Ry Co*[2]. at p. 453, "It is no misdirection not to tell the jury everything which might have been told them". It was open to the trial judge to make reference to the evidence of the lawyer and of the doctor in his charge but this evidence had been reviewed earlier in the day by defence counsel. It was fresh in the minds of the jury. It was well within the bounds of the wide discretion enjoyed by trial judges that he should decide not to repeat it. Failure to mention these two witnesses in the charge does not, in my view, constitute procedural error necessitating a new trial. This conclusion finds support in the unanimous decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Demeter*[3], at p. 340:

There will probably never be a perfect charge or one that cloistered appellate counsel cannot find objectionable after minute scrutiny. However, no case has been cited to us where non-direction on a matter of evidence has been held to be misdirection requiring a new trial except where a single item of evidence is the foundation of the defence.

I would dismiss the appeal.

English version of the reasons delivered by

LAMER J. (*dissenting*)—This appeal is from a judgment of the Court of Appeal for Quebec. By its decision the Court dismissed the appeal brought by the accused from the verdict of a court of assizes for the Judicial District of Joliette, finding him guilty of the first degree murder of one Jimmy Massey. The facts are not in dispute. They are summarized by Bélanger J.A. of the Court of Appeal as follows:

[TRANSLATION] The murder occurred in a public house in the Hôtel St-Louis, in Joliette, at about 1:00 a.m. on July 2, 1976. There had earlier been a brawl involving appellant, Christian Thériault, and one Foucher. They were separated after a time. The victim, Jimmy Massey, intervened to tell Thériault to leave. At this point,

[2] (1883), 11 Q.B.D. 440.
[3] (1975), 10 O.R. (2d) 321.

tion du jury sur les témoignages de l'avocat, du médecin et du policier.

Comme le dit le maître des rôles sir William Brett dans *Abrath v. North Eastern Ry Co.*[2] à la p. 453, [TRADUCTION] «Ce n'est pas une directive erronée que de ne pas dire au jury tout ce qui aurait pu lui être dit». Il était loisible au juge du procès de faire mention des témoignages de l'avocat et du médecin dans son exposé, mais l'avocat de la défense les avait passés en revue plus tôt dans la journée. Ils étaient frais dans l'esprit des jurés. Vu le vaste pouvoir discrétionnaire dont bénéficient les juges du procès, il pouvait bien dans ces limites décider de ne pas les répéter. L'omission de mentionner ces deux témoins dans son exposé ne constitue pas, à mon avis, une erreur de procédure qui nécessite la tenue d'un nouveau procès. Cette conclusion trouve appui dans l'arrêt unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, *R. v. Demeter*[3], à la p. 340:

[TRADUCTION] Il n'existera probablement jamais d'exposé parfait ou d'exposé auquel un avocat voulant faire appel ne puisse trouver de failles après un examen minutieux. Cependant, on ne nous a cité aucune décision où l'on a statué qu'une absence de directives sur une question de preuve constitue une directive erronée qui nécessite la tenue d'un nouveau procès, sauf lorsque la défense est fondée sur un seul élément de preuve.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Voici les motifs rendus par

LE JUGE LAMER (*dissident*)—Ce pourvoi est contre une décision de la Cour d'appel du Québec. Par son arrêt, la Cour rejetait l'appel qu'avait logé l'accusé contre le verdict d'une cour d'assises du district judiciaire de Joliette le déclarant coupable du meurtre au premier degré d'un dénommé Jimmy Massey. Les faits ne sont pas contestés. Voici comment les résumait monsieur le juge Bélanger en Cour d'appel:

L'homicide a eu lieu dans un débit de boisson de l'Hôtel St-Louis, à Joliette, vers 1:00 heure du matin le 2 juillet 1976. Auparavant, il y avait eu une bagarre impliquant l'appelant, Christian Thériault, et un nommé Foucher. On avait pu les séparer après quelque temps. La victime, Jimmy Massey, était intervenue pour dire à

[2] (1883), 11 Q.B.D. 440.
[3] (1975), 10 O.R. (2d) 321.

Thériault left the premises and went to his home, a short distance from the Hôtel St-Louis, to get his gun which he kept there dismantled in a box.

Five to ten minutes after his departure from the hotel, Thériault returned through the back door, aimed at Massey and fired. Thériault had loaded his gun with what he called a "slug". The bullet passed through Massey's head and he was killed on the spot.

The only defence put forward by the accused was that of insanity, as provided in s. 16 of the *Criminal Code* of Canada (R.S.C. 1970, c. C-34).

In the Court of Appeal, the accused submitted three grounds, summarized by Bélanger J.A. as follows:

[TRANSLATION] (1) The evidence of insanity at the time of the offence was not contradicted by the evidence for the prosecution, so that the jury verdict is incompatible with the evidence presented and unreasonable overall;

(2) This verdict was rendered because, in his charge, the trial judge did not sum up the evidence so that the jury could properly assess the defence presented;

(3) The trial judge did not give sufficient information on the defence of insanity to enable the jury to understand the characteristics of mental illness as defined by the law.

The three appellate judges unanimously dismissed the first and third of these grounds as without foundation. The Court did not allow the second ground either, but one of the three judges wrote a dissenting opinion. Appellant's appeal to this Court is based on this dissent, as of right; thus, though he raised other grounds in his factum, the jurisdiction of this Court is limited to this dissent on a question of law.

In the judgment, the dissent reads as follows: [TRANSLATION] "(Kaufman J.A. dissenting, on the ground that the trial judge inadequately summarized the evidence for the defence)." The reasons for Kaufman J.A.'s dissent are contained in the written opinion in the record. Before referring to this (as the Court may do: see *Savard and*

Thériault de sortir. A ce moment, Thériault avait laissé les lieux pour se rendre chez lui, à une courte distance de l'Hôtel St-Louis pour chercher son fusil qui s'y trouvait dans une boîte, démonté.

Entre cinq à dix minutes après son départ de l'Hôtel, Thériault y revint par la porte arrière, visa Massey et tira. Thériault avait chargé son fusil de ce qu'il a appelé une «slug». Le projectile traversa la tête de Massey qui fut tué sur le coup.

La seule défense présentée par l'accusé en était une d'aliénation mentale prévue à l'art. 16 du *Code criminel* du Canada (S.R.C. 1970, chap. C-34).

En Cour d'appel, l'accusé faisait valoir trois griefs que résumait le juge Bélanger comme suit:

1) La preuve d'aliénation mentale au moment de l'infraction n'a pas été contredite par la preuve de la Couronne, de sorte que le verdict du jury est incompatible avec la preuve faite et déraisonnable dans son ensemble;

2) Ce verdict a été rendu parce que le premier juge, dans ses directives, n'a pas résumé la preuve de façon à ce que le jury puisse valablement apprécier la défense soumise;

3) Le juge de première instance n'a pas donné des informations suffisantes, sur la défense d'aliénation mentale, pour permettre au jury de comprendre ce qu'une maladie mentale devait avoir comme caractéristiques au sens de la loi.

Les trois juges d'appel rejetaient unanimement comme non fondés le premier et le troisième de ces griefs. Quant au deuxième, la Cour ne l'agréait point davantage, mais un des trois juges enregistrait sa dissidence. C'est fort de cette dissidence que l'appelant s'est pourvu devant cette Cour de plein droit; aussi, quoiqu'il ait soulevé d'autres moyens dans son mémoire, c'est à cette dissidence en droit que se limite la compétence de cette Cour.

La dissidence est libellée dans le jugement comme suit: «(Monsieur le juge Kaufman est dissident au motif que le premier juge a résumé inadéquatement la preuve de la défense).» L'opinion écrite que déposait au dossier monsieur le juge Kaufman nous donne les raisons de sa dissidence. Avant d'y référer (comme c'est notre droit, voir:

Lizotte v. The King[4], at p. 23), it is preferable to consider the evidence of insanity put forward by the defence and the evidence of the prosecution in rebuttal.

The accused called seven witnesses.

A social worker, who had not seen him since 1973 (the murder occurred in 1976), told the jury of the accused's unhappy and turbulent childhood, and the fact that he was aggressive.

Another witness, Gaétan Barrette, a police officer in the City of Joliette, met him in February 1976. Answering a call for help placed by Thériault's mother, he went to their home and found Thériault apparently deranged, saying he wanted to die, and constantly eyeing the service revolver carried by the officer. Instead of incarcerating him, he was taken to the St-Charles Hospital in Joliette. The officer added that Thériault had behaved in a similar fashion in the past.

Charles Reid, a doctor attached to the St-Charles Hospital, specifically to the department where alcoholics and drug addicts are treated, related the circumstances under which he became acquainted with and treated Thériault in 1973 and 1974. In his opinion, Thériault frequently consumed an excessive quantity of drugs, but he was not physically addicted. He considered that the accused took drugs because he was unhappy, uncomfortable around other people, and in revolt against authority. He found that the accused's mental condition was lucid, except of course when he had taken drugs. He did not find in him any indication of physical aggression. Finally, he related an incident in which his patient told him he wanted to commit suicide, but said that in his opinion he was not serious, and that it was only a game since the incident occurred in the presence of hospital staff. The witness refused to give any opinion as to the accused's mental condition, as he was not a psychiatrist.

Pierre Thibault, a general practitioner at the St-Charles Hospital, saw Thériault on June 3, 1976 for reasons which he said were psychological. The accused claimed that he was hearing threaten-

[4] [1946] S.C.R. 20.

Savard et Lizotte c. Le Roi[4], à la p. 23), il est préférable de considérer la preuve d'aliénation mentale présentée par la défense et la contre-preuve de la Couronne.

L'accusé fit entendre sept témoins.

Un travailleur social, qui ne l'avait pas vu depuis 1973 (le meurtre a eu lieu en 1976), informait le jury de l'enfance malheureuse et turbulente de l'accusé, ainsi que du fait qu'il était agressif.

Un autre témoin, Gaétan Barrette, un policier de la ville de Joliette, l'avait rencontré en février 1976. Répondant à l'appel à l'aide que plaçait la mère de Thériault, il s'était rendu chez eux pour constater que celui-ci semblait perdu, disait vouloir mourir, et reluquait constamment l'arme de service que portait le policier. Au lieu de l'écrouer, on l'avait emmené à l'hôpital St-Charles de Joliette. Le policier ajoutera que Thériault avait eu par le passé des comportements analogues.

Charles Reid, un médecin attaché à l'hôpital St-Charles, plus précisément au département où l'on traite les alcooliques et les toxicomanes, relata les circonstances qui l'ont amené à connaître et traiter Thériault en 1973 et en 1974. Il était d'avis que Thériault consommait fréquemment une quantité abusive de drogues mais qu'il n'accusait pas de dépendance physique. A son avis, l'accusé se droguait parce qu'il était malheureux, mal à l'aise dans la société et en révolte contre l'autorité. Quant à sa santé mentale, il le trouvait lucide sauf, bien sûr, lorsqu'il s'était intoxiqué. Il n'a pas constaté chez lui d'agressivité physique. Enfin, il relata un événement où son patient disait vouloir se suicider mais se dit d'avis qu'il n'était pas sérieux et que ce n'était qu'un jeu puisque la scène s'était produite en présence du personnel de l'hôpital. Quand à sa santé mentale le témoin refusait de se prononcer parce qu'il n'était pas un psychiatre.

Pierre Thibault, un omnipraticien de l'hôpital St-Charles, vit Thériault le 3 juin 1976 pour des raisons, dit-il, psychologiques. Celui-ci prétendait entendre des voix menaçantes, avoir des hallucina-

[4] [1946] R.C.S. 20.

ing voices, was having hallucinations, felt depressed and wanted to kill himself. The interview lasted fifteen minutes and the doctor prescribed "valium".

Mr. Ferland, a lawyer in Joliette, had a surprise visit from the accused at his office a few weeks before the murder. He said that Thériault seemed nervous, his eyes were glassy, he was trembling and that he said he wanted to kill policemen.

Following this testimony, two psychiatrists were heard: Drs. Cayouette and Talbot, of the St-Charles Hospital in Joliette and the Philippe Pinel Institute in Montreal respectively.

Dr. Cayouette treated Thériault from February 4 to March 18, 1976. In his opinion, there was no doubt that he was a schizophrenic, whose illness was of such a nature that he was sometimes dangerous to himself and to others, and sometimes not. Dr. Cayouette had to place him in close treatment (involuntary treatment) on two occasions: first, from February 4 to 24, 1976, and the following day, February 25, until March 5. He placed the patient in open treatment on March 5 because his behaviour indicated that he was no longer dangerous, and especially—at least this is the impression given by his testimony as a whole—because of the clinical advantages of open treatment:

[TRANSLATION] Q. You feel that open treatment is easier, it is easier for treatment . . .

A. Well, yes, because close treatment really is an enormous handicap for the doctor treating patients, he can be given absolutely no rights to leave the hospital, the law is specific on this point; you cannot—it is really a great limitation in terms of treatment—the patient says that the people who look after me don't really have my interests at heart, they won't even let me put my foot outside the hospital; the law states in as many words that as soon as the treatment can be changed it should be.

. . .

Q. In your opinion at that point, in ordering open treatment, would Thériault have had to remain in open treatment for very long?

. . .

tions, se sentir déprimé et vouloir se tuer. L'entrevue dura 15 minutes et le médecin prescrivit du «valium».

Maître Ferland, un avocat de Joliette, reçut la visite inopportune de l'accusé à son cabinet quelques semaines avant le meurtre. Thériault, selon lui, semblait nerveux, avait les yeux vitreux, tremblait et disait vouloir tuer des policiers.

Suite à ces témoignages, deux psychiatres furent entendus: les docteurs Cayouette et Talbot, respectivement de l'hôpital St-Charles de Joliette et de l'Institut Philippe Pinel à Montréal.

Le docteur Cayouette a traité Thériault du 4 février au 18 mars 1976. Selon lui, il ne fait aucun doute que c'est un schizophrène dont la maladie évolue de telle façon qu'il est parfois dangereux pour lui-même et pour les autres, parfois pas. Par deux fois, le docteur Cayouette dut le placer en cure fermée; d'abord du 4 au 24 février 1976, et du lendemain, le 25 février, au 5 mars. Il plaçait le patient en cure libre le 5 mars parce que le comportement de celui-ci donnait des signes que la dangerosité s'était résorbée et surtout, c'est l'impression que me laisse du moins l'ensemble de son témoignage, à cause des avantages cliniques d'une cure libre:

Q. La cure libre vous vous sentez plus facile, c'est plus facile pour un traitement . . .

R. C'est-à-dire que oui parce que la cure fermée vraiment est un énorme handicap pour le médecin traitant des malades, on peut absolument pas lui accorder les sorties en dehors de l'hôpital, la loi est formelle à ce sujet-là, on ne peut pas, alors c'est une espèce je sais pas moi de contrainte énorme sur un plan traitement, le malade à ce moment-là dit les gens qui me soignent veulent vraiment pas mon intérêt, ils me permettent même pas de mettre les pieds en dehors de l'hôpital, la loi le dit textuellement dès qu'on juge qu'on peut changer la cure c'est une des premières choses qu'on fait.

. . .

Q. A votre avis à ce moment-là, en décrétant une cure libre est-ce que Thériault devait demeurer longtemps en cure libre?

. . .

A. The situation usually depends on the individual patient: for a patient who co-operates fairly well with the doctor, it is a matter of judgment as to the patient's condition, and what the doctor thinks can be done, and it may be a matter of a few weeks, it may sometimes even continue for a month or two, and medical leave may be given if you think that the patient will continue to co-operate and come in on an out-patient basis, but in the case under consideration, which is important, there were five earlier instances in which the patient signed a refusal of care; in any case, in order for the treatment to progress the therapeutic approach has to be varied a bit at some point, because it is true that an environment like the close department in our hospital—we have only one for men, it is called department 2D, and patients sometimes feel a bit unhappy at being there, and think they are not being well treated if they are left there.

Nonetheless, the doctor did not think that his patient had ceased to be dangerous. This is in fact why he refused to sign the patient's leave. It is worth mentioning that a patient in open treatment really does not need leave in order to unilaterally terminate his treatment, and this is what Thériault did on March 18. When questioned by his counsel, who asked him whether Thériault, when he took leave from the hospital, constituted a danger to the public, Dr. Cayouette replied:

[TRANSLATION] Q. Did you sign medical leave—in other words, to put it another way, was Thériault free to disappear?

A. Certainly not.

Q. In your opinion on March 18, when he left, when he signed a refusal of treatment and was legally able to go, should he in your opinion have remained in the hospital or was he ready to return to the outside world, as we say?

A. Not based on my experience; the reason I refused to sign medical leave is because I thought that the patient had not sufficiently improved, although he had made some progress.

Q. He still needed treatment?

A. Absolutely, in my opinion.

He later told the judge, who returned to the point:

R. Normalement la situation est individualisée à chaque malade, un malade qui va avoir une assez bonne coopération avec le médecin ça va être une question de jugement entre l'état du malade et puis ce que le médecin pense qui peut être fait, et puis à un moment donné ça peut être quelques semaines, ça peut être quelquefois être même continué pendant plus qu'un mois ou deux, et là le congé médical peut être donné si on juge que le malade va continuer à coopérer et venir au niveau de l'externe, mais dans le cas qui nous occupe et qui est important, on a cinq (5) instances antérieures où le malade a signé un refus de soins, mais de toute façon pour que le traitement puisse progresser il faut un moment donné changer un peu l'instance thérapeutique, parce que c'est vrai qu'un milieu comme le département fermé de chez nous, on en a un seul pour hommes ça s'appelle le département 2D, que parfois les malades sont un peu mécontents d'être là, et pensent qu'on fait pas un bon traitement en les laissant là.

Le médecin n'était pas pour autant d'avis que son patient ne présenterait plus de dangerosité. C'est d'ailleurs pourquoi il refusait de signer le congé du malade. Il est utile de mentionner qu'un malade en cure libre n'a guère besoin d'un congé pour mettre unilatéralement fin à ses traitements, ce que fit d'ailleurs Thériault le 18 mars. Questionné par son procureur qui lui demandait si Thériault, lorsqu'il prit congé de l'hôpital, constituait un danger pour le public, le docteur Cayouette répondait:

Q. Vous est-ce que vous avez signé un congé médical, autrement dit Thériault là, autrement dit dire Thériault il peut s'en aller?

R. Non pas du tout.

Q. Est-ce qu'à votre avis le dix-huit (18) mars, lorsqu'il a quitté là, qu'il a signé un refus de traitement et légalement il pouvait partir, est-ce qu'à votre avis il aurait dû rester à l'hôpital ou est-ce qu'il était prêt à retourner dans la circulation comme on dit?

R. Non avec l'expérience que j'ai, si j'ai refusé de signer un congé médical c'est parce que je croyais que le malade n'était pas suffisamment amélioré, tout en ayant fait un certain progrès.

Q. Qu'il avait encore besoin de traitements?

R. Absolument c'est mon opinion.

Plus tard, au juge qui reviendra sur le sujet il dira:

[TRANSLATION] A. At the point when the patient gave himself leave, he represented a relative danger, because a relapse can occur at any time, but the danger was undoubtedly relative.

Q. Was it a possibility or a probability?

A. Well, I would say a possibility, perhaps a little greater than the average patient in his condition in the hospital centre: when they have made some progress and leave, there are seventy (70%) per cent of our patients that do all right.

To the reasons already given, and cited above, why he terminated the close treatment, he added:

[TRANSLATION] Q. There was surely a difference in your opinion when you ordered close treatment the first time and the second time, and in both cases when you did not give leave—you did not give leave but terminated the close treatment—what is the difference?

A. The difference is based mainly on one's practical understanding of a given case, and it is also based on what one might call general experience of cases resembling the one in question, but once again, if nothing is changed, to begin with, the patient's attitude to the treatment centre, including the doctor and all the staff, becomes so negative, he becomes convinced that he will not progress, there is thus a practical change by the treatment facility, because otherwise we would be into a vicious circle, with no way out. The fact that we know the patient a bit better, that our relationship with him is somewhat better, all of this helps because otherwise the treatment would never be changed, because it is an illness which goes through successive phases, phases of remission, and when there is co-operation on the part of the patient progress is made. I think that the turning point is when the patient co-operates in his treatment.

Discussing the guidelines contained in s. 16 of the *Criminal Code*, the doctor considered that his patient's capacity to appreciate his own actions was impaired to various degrees as the illness developed, but he could give no opinion as to the degree of such impairment at the precise time of the murder. Finally, the judge asked him:

[TRANSLATION] If I have understood your testimony correctly, a person with the symptoms you have just

R. Au moment où le malade s'est lui-même donné congé, ça constituait un danger relatif parce qu'une rechute, elle va survenir quand on ne le sait pas, mais le danger est sûrement relatif.

Q. Il y a une possibilité ou une probabilité?

R. Moi je dirais possibilité peut-être un petit peu plus grande que la moyenne des sujets qui ont été comme ça en Centre Hospitalier, qui ont fait un certain progrès, et qui quittent, il y a soixante-dix pour cent (70%) de nos malades qui vont bien.

Et quant aux raisons pour lesquelles il aurait mis fin à la cure fermée, à celles déjà données et que j'ai citées précédemment, il ajoutait:

Q. Il y avait sûrement une différence sur votre opinion quand vous avez ordonné la cure fermée la première fois, que la deuxième fois et dans les deux (2) cas lorsque vous avez donné congé, pas congé, vous avez pas donné congé mais terminé la cure fermée, quelle est la différence?

R. La différence là elle se base surtout sur disons la connaissance pratique que l'on a d'un cas donné, elle se base aussi sur disons l'expérience globale qu'on peut avoir de cas qui ressemblent à des choses comme celle-là mais encore une fois si on ne change rien, d'abord l'affectivité du malade vis-à-vis tout le centre soignant, y compris le médecin, y compris tout le personnel, devient tellement négatif, on devient convaincu que ça n'avancera pas, il y a un changement pratique aussi de la part des instances soignantes, parce que là autrement on se rend dans un cercle vicieux, on en sortirait pas. Et puis le fait qu'on connaît un peu plus le malade, que le rapport avec lui est un peu meilleur, ce sont d'autant d'éléments qui aident parce qu'autrement on se déciderait jamais à changer la cure, parce que c'est une maladie disons qui a des phases évolutives, des phases de rémission et quand c'est de la part du malade avec une certaine coopération, ça va assez bien. Je pense que c'est là qu'est le point tournant, la coopération du malade à son traitement.

Traitant des normes prévues à l'art. 16 du *Code criminel*, le médecin considérait que la capacité de juger de son patient était, à des niveaux divers et au gré de l'évolution de la maladie, handicapée, mais qu'il ne pouvait se prononcer sur l'intensité de cette incapacité au moment précis de l'homicide. Enfin le juge lui demanda:

Si j'ai bien compris votre témoignage, une telle personne ayant les symptômes que vous venez de mentionner

mentioned could at one point be sound of mind, able to distinguish between right and wrong, and at another point, a few days later, perhaps a few weeks, be unable to do so, that is, be unable to make this distinction: is that correct?

to which he replied:

[TRANSLATION] Essentially that is correct, with perhaps one qualification, that it is mainly his judgment—because the individual's understanding does not change so much, what happens is that when the illness worsens the practical judgment is greatly disturbed, much more than his understanding, and at such times the subject is able to recognize the doctor, to recognize the nurses, to recognize the staff present, but his practical judgment is much more distorted at such times.

Dr. Talbot testified at length. His opinion was based on the patient's condition from the time when he saw him shortly after the murder, on August 12, 1976, and on Thériault's psychiatric record at the Joliette Hospital. He explained in detail the diagnostic progression which led him to a conclusion of schizophrenia. I grant that these explanations are often difficult to follow, because they are learned in nature and replete with highly technical terms; however, I hasten to add that, in my opinion, the primary and secondary conclusions are clear and readily understandable by the layman. On August 26, 1976, Dr. Talbot noted the presence "of a very marked homicidal aggression". The doctor observed, regarding appellant's mental condition on the day of the murder:

[TRANSLATION] ... he is unable to perceive reality in the usual way, he cannot accurately analyse events which occur, he cannot control ...

. . .

... could not exercise rational judgment on what took place around him and on his actions.

. . .

Q. How would you characterize the judgment of a schizophrenic in circumstances like those of July 2?—as we know he related the facts very clearly the following day, but in a phase like that of July 2, in the case of Christian Thériault, to what extent was he able to understand what was happening?

pourrait à un moment donné être sain d'esprit, il pourrait distinguer ce qui est bien et ce qui est mal, mais qu'à un autre moment donné, soit quelques jours après, quelques semaines après, ne pourrait le faire, c'est-à-dire ne pourrait faire cette distinction, est-ce que c'est bien ça ou non?

ce à quoi il répondait:

C'est pratiquement cela à une nuance près, c'est surtout le jugement, parce que la connaissance chez l'individu change pas tellement c'est que pendant une poussée de la maladie, le jugement pratique est énormément perturbé, beaucoup plus que la connaissance, autrement dit même dans ces poussées c'est quand même le sujet qui pouvait reconnaître le docteur, reconnaître les infirmières, reconnaître le personnel qui est là, mais son jugement pratique était beaucoup plus perturbé à ce moment-là.

Le docteur Talbot a témoigné longuement. Son opinion repose sur l'état de son patient à compter du moment où il le voit peu après le meurtre, soit le 12 août 1976, ainsi que sur la foi des antécédents psychiatriques de Thériault à l'hôpital de Joliette. Il explique en détail le cheminement diagnostique qu'il a fait pour conclure à la schizophrénie. Ces explications sont, j'en conviens, souvent difficiles à suivre du fait qu'elles sont savantes et remplies de termes hautement techniques. Mais je m'empresse d'ajouter que les conclusions principales et secondaires sont, à mon avis, claires et faciles à comprendre pour le profane. En date du 26 août 1976, le docteur Talbot note la présence «d'une agressivité homicidaire très importante». Quant à l'état mental de l'appelant le jour du meurtre, le docteur nous en dit ceci:

... il ne peut pas percevoir la réalité de façon appropriée, il ne peut pas analyser les événements avec exactitude, qui se passent, il ne peut pas contrôler ...

. . .

... ne pouvait pas exercer un jugement valable sur ce qui s'est passé autour de lui et sur ses agirs.

. . .

Q. Le jugement d'un schizophrène dans les circonstances comme celles du deux (2) juillet, comment situez-vous son jugement, on voit qu'il relate très bien le lendemain les faits, mais son jugement dans une phase comme celle-là du deux (2) juillet, dans le cas de Christian Thériault, comment pouvait-il juger ce qui se passait?

A. As I mentioned earlier, his judgment was based on premises, on perceptions which were inaccurate, which were incomplete, and at the same time he was subject to a sort of internal aggressive explosion as a result of which, in my opinion, he could no longer exercise rational judgment.

Q. At the present time, Dr. Talbot, with the treatment you gave Christian Thériault—you heard the testimony of other doctors—do you still maintain the opinion that on July 2 he was unable to appreciate the consequences of his actions?

A. Yes.

. . .

Q. In your view, on July 2, could Christian Thériault appreciate the quality of the act he committed when he shot Jimmy Massey?

A. I answered this question a minute ago, when I tried to show and to illustrate the processes leading one to make a judgment: in the case of a psychotic individual, in the case of an individual like Mr. Thériault, with his particular pathology, I think it is very difficult if not impossible for him to arrive at a rational judgment.

Further, because he has difficulty apprehending reality as it is, perceiving it as it is, he adds to this reality other aspects which are peculiar to him, and which he projects onto the world around him.

The strength of the tension, of the internal aggression is such that it impedes or will not allow the faculties of judgment to operate.

. . .

A. As a consequence of compensating for disorientation, when he is subject to the internal pressure, to the explosive aggression which I referred to, I think he is unable to exercise rational, truly normal judgment.

Q. As to the quality, the nature of his act?—is that right?

A. Yes.

Q. Was he in your opinion able to appreciate whether the act which he committed was right or wrong?

A. I think that at this time what was happening inside of him was of such intensity that the question had no significance, that in fact such a question was not even asked, because this is a process, this is a condition in which the patient is disorient-

R. Comme je l'ai mentionné tantôt il porte un jugement à partir de prémices, de perceptions qui sont inexactes, qui sont incomplètes, alors qu'il est soumis à un espèce de volcan intérieur agressif et qui fait qu'il ne peut plus exercer de jugement valable à mon sens.

Q. Aujourd'hui docteur Talbot, avec les traitements que vous avez donnés à Christian Thériault, vous avez assisté aux témoignages de d'autres médecins est-ce que vous maintenez toujours aujourd'hui l'opinion qu'en date du deux (2) juillet, il ne pouvait pas juger l'acte?

R. Oui.

. . .

Q. Christian Thériault le deux (2) juillet, d'après vous pouvait-il juger de la qualité de l'acte qu'il a posé, lorsqu'il a tiré sur Jimmy Massey?

R. J'ai répondu tout à l'heure à cette question-là en essayant de montrer et d'illustrer les mécanismes qui font qu'on peut en arriver à poser un jugement, chez un individu psychotique, chez un individu comme monsieur Thériault qui présente la pathologie qu'il présente, il m'apparaît bien difficile sinon impossible qu'il puisse poser un jugement véritable.

D'une part parce qu'il a de la difficulté d'appréhender la réalité telle qu'elle est, la percevoir telle qu'elle est, il va ajouter à cette réalité-là, d'autres éléments qui lui appartiennent, qu'il projette à l'extérieur.

L'importance de la tension, de l'agressivité intérieure est telle, qu'elle interdit ou qu'elle ne permet pas aux mécanismes du jugement, de jouer.

. . .

R. En face des compensations de désorganisation, alors qu'il est soumis à la pression interne, à l'agressivité explosive que j'ai parlé, je pense qu'il ne peut pas exercer de jugement valable, véritablement normal.

Q. Quant à la qualité de son acte, quant à la nature de son acte? N'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Etait-il d'après vous en état de juger si l'acte qu'il a posé était bon ou mauvais?

R. Je pense qu'à ce moment-là l'importance de ce qui se passait à l'intérieur de lui, faisait que cette question-là n'avait aucune importance, que cette question-là ne se posait même pas, parce qu'il s'agit presque d'un mécanisme là, il s'agit d'un

ed and acts on impulse, without the question of right or wrong being raised—that is not important: what is important is the action he is in the course of taking, to satisfy a psychotic hostility. [My emphasis.]

The doctor went on to say that at the time Thériault went to get the rifle he was in a psychotic state. To the question:

[TRANSLATION] In your opinion the fact that he left the Hôtel St-Louis, the fact that he went home, the fact that he assembled his gun and returned to the Hôtel St-Louis, did not succeed in quelling the irritation he felt when Jimmy Massey told him to leave?

he answered:

[TRANSLATION] Apparently not. I had an opportunity while the patient was at the institute under my care, and when I evaluated him, to see this vigorous aggression in action, disorienting and disoriented, on certain occasions while he was there. This aggressive disorientation was not of a permanent nature. There were highs and lows, there were improvements; as I said a moment ago, in my view at the time in question Mr. Thériault was subject to the pathology, that he exhibited, that he suffered from this pathology when he was incapable, as a result of it, to exercise a rational judgment.

. . .

. . . that at the time in question the patient was acting under a significant mental disorder of psychotic intensity. [My emphasis.]

When questioned by the judge, the doctor admitted that the accused, between leaving St-Charles and arriving at Pinel, may have had moments when he was perfectly lucid. But he also stated:

[TRANSLATION] Q. You said, doctor, that on July 2 the accused could not understand the nature of the quality of the act he committed—is that correct?

A. Could not appreciate its nature.

Q. Could not appreciate its nature?

A. Yes.

Q. In your opinion, did the accused know he was committing a crime?

A. During this period his cognitive faculties do not appear to have been greatly or markedly affected; additionally, I think what is important . . .

état où il y a désorganisation et où le patient poursuit sur une impulsion, sans qu'il puisse faire intervenir la question de bon ou de mauvais, c'est pas important, ce qui est important c'est la démarche qui est en train de suivre, d'assouvir une hostilité psychotique. [C'est moi qui souligne.]

Le docteur poursuit pour dire qu'au moment où Thériault était allé chercher la carabine il était dans un état psychotique. A la question:

Le fait de sortir de l'Hôtel St-Louis, le fait de marcher jusqu'à chez lui, le fait d'armer sa carabine, de revenir vers l'Hôtel St-Louis, d'après vous n'a pas calmé l'exaspération qu'a eue l'accusé, lorsque Jimmy Massey lui a dit de sortir?

il répondra:

Il semble pas. Moi j'ai eu l'occasion pendant que le patient a été à l'institut là sous mes soins et lorsque je l'ai évalué de voir en action cette agressivité-là importante, désorganisante et désorganisée à certaines reprises pendant le cours de son séjour, cette désorganisation-là agressive, n'a pas duré de façon permanente. Il y a eu des hauts et des bas, il y a eu des améliorations, comme j'ai dit tout à l'heure c'est mon opinion qu'à ce moment-là monsieur Thériault était charrié par la pathologie qu'il présente, qu'il a joué cette pathologie alors qu'il se retrouvait incapable, à cause de cette pathologie-là, d'exercer un jugement valable.

. . .

. . . qu'à ce moment-là le patient a agi alors qu'il présentait une désorganisation mentale importante d'intensité psychotique. [C'est moi qui souligne.]

Interrogé par le juge, le docteur reconnaîtra qu'entre sa sortie de St-Charles et son arrivée à Pinel, l'accusé a pu avoir des moments où il était parfaitement lucide. Par ailleurs, il ajoute:

Q. Vous avez dit docteur, l'accusé ne pouvait le deux (2) juillet comprendre la nature de la qualité du geste qu'il a posé c'est bien ça?

R. Ne pouvait le juger.

Q. Ne pouvait le juger?

R. Oui.

Q. D'après vous est-ce que l'accusé savait qu'il commettait un crime?

R. Les facultés cognitives pendant cette période-là ne semblent pas avoir été touchées de façon majeure là, marquée, par ailleurs je pense l'important . . .

Finally, his lengthy testimony was summed up in these concluding words:

[TRANSLATION] Q. In the specific case of Christian Thériault, on July 2, was his judgment impaired?

A. I told you this morning, I think that, in my view, at that time, this is my opinion, he was incapable of exercising rational judgment.

The evidence in rebuttal was brief. Aside from the testimony of a former employer of Thériault, who said he found him normal in April 1976, it consisted of only one other witness, Dr. Daoust, a psychiatrist employed by the Department of Justice of Quebec.

He stated that Thériault's action was not that of a schizophrenic, but rather of an individual who had problems with his temper and behaviour.

He maintained that Thériault was capable of appreciating the nature and quality of his action. He agreed it was possible that he might be suffering from schizophrenia, but the doctor stated that he rather inclined to the view that he was a problem personality— " ... a fellow with a bad temper, with an impulsive, bad temper, lacking the usual degree of self-control".

In his written opinion, Kaufman J.A. stated his dissent as follows:

However, with the greatest respect, I am unable to agree that the learned trial judge, in his charge to the jury, adequately dealt with the evidence on which Appellant's sole defence was based.

He further stated:

The expert evidence abounds with words and phrases like "symptômes primaires ou secondaires de la schizophrénie", "trouble de l'affectivité", "affectivité profondément aplatie", "flambée de psychose", "autisme" [[TRANSLATION] Primary or secondary symptoms of schizophrenia, manic-depressive disorder, deeply deflated affectivity, exacerbated psychosis, autism] and the like. This, as I already noted, makes heavy reading, and I dare say it is even harder to follow in court.

It was therefore imperative that the evidence be summed up for the jury not, as the learned trial judge said, by giving "simplement un très petit résumé des témoignages de ces témoins, ce que je considère le plus important" (J.R., at p. 723), but rather distilling from

Enfin, son long témoignage se résume par ces tout derniers mots:

Q. Dans le cas spécifique de Christian Thériault, le deux (2) juillet son jugement a-t-il été sain?

R. Je vous l'ai dit ce matin je pense qu'à mon avis, à ce moment-là c'est mon opinion, il se trouvait incapable d'exercer un jugement valable.

La contre-preuve fut brève. Outre le témoignage d'un ancien employeur de Thériault qui disait le trouver normal en avril 1976, celle-ci fut faite par un seul autre témoin, le docteur Daoust, un psychiatre à l'emploi du ministère de la Justice du Québec.

L'acte de Thériault, dit-il, n'est pas celui d'un schizophrène mais plutôt celui d'un individu qui présente des troubles de caractère et de comportement.

Thériault était capable, affirmera-t-il, de juger de la nature et de la qualité de son acte. C'est possible, convient-il, qu'il puisse souffrir de schizophrénie, mais le docteur se dit plutôt enclin à penser que c'est un caractériel—« ... un type qui a mauvais caractère, un type qui a mauvais caractère impulsif, qui se contrôle moins bien qu'un autre».

Dans son opinion écrite, monsieur le juge Kaufman énonce sa dissidence comme suit:

[TRADUCTION] Avec égards, cependant, je suis incapable d'accepter que dans son exposé au jury le juge a bien examiné la preuve sur laquelle l'appelant fondait sa seule défense.

Plus loin il ajoute:

[TRADUCTION] Le témoignage des experts abonde de mots et d'expressions comme «symptômes primaires ou secondaires de la schizophrénie», «trouble de l'affectivité», «affectivité profondément aplatie», «flambée de psychose», «autisme» et ainsi de suite. Comme je l'ai déjà fait remarquer, cela alourdit le texte et j'ose dire qu'il est difficile d'en suivre le cheminement en cour.

Il était donc indispensable que la preuve soit résumée à l'intention du jury et non seulement, comme l'a dit le juge du procès, en donnant «simplement un très petit résumé des témoignages de ces témoins, ce que je considère le plus important» (J.R., à la p. 723), mais plutôt en

this mass of evidence those parts which would help the jury in reaching their verdict.

The judge's résumé occupies less than five pages of the transcript, and while he did touch on some highlights, he failed to review parts of the evidence which the defence clearly considered important. Thus, the lawyer, the policeman and one of the doctors are not mentioned at all, and while the impact of their testimony may not have been great, it should, at least, have been discussed.

Finally, he summarized the essence of his reservations regarding the judge's charge as follows:

As I indicated before, the defence, which was serious, should, in my view, have been put to the jury in much greater detail. It should also, where necessary, have been explained in terms which were more comprehensible than those employed by the witnesses. That is a difficult task, beset by the risk of losing precision. But, as was said by the Supreme Court of Canada in *Azoulay v. The Queen* (1952), 15 C.R. 181, "highly technical and conflicting evidence" (of experts) must be stripped of non-essentials so that the jury may "fully appreciate the *value and effect* of the evidence" (*per* Taschereau, J., at p. 184).

It appears, therefore, that in the opinion of the dissenting judge, the trial judge should have:

(1) summed up the evidence by something other than "merely a very short summary";

(2) explained to the jurors in terms more accessible to a layman the meaning of what Drs. Cayouette and Talbot had stated;

(3) referred the jurors to the testimony of the Joliette policeman, of the lawyer, and to that of Dr. Pierre Thibault, testimony which he did not deal at all with in his charge.

Before examining what the judge said to the jurors, it is appropriate to recall here certain rules by which judges must be guided in making their charges to jurors, and in giving them instructions on the law; but first we must recall the principles applicable to judges weighing these instructions on appeal.

The first rule which an appellate judge must remember is that he is not called upon to assess a judge's charge in terms of what he himself would have done, but in terms of the standard laid down

distillant de cette masse de preuves les parties susceptibles d'aider le jury à rendre son verdict.

Le résumé du juge s'étend sur moins de cinq pages des notes sténographiques, et bien qu'il ait souligné certains des points les plus importants, il n'a pas passé en revue les parties de la preuve qui étaient manifestement considérées comme importantes par la défense. Ainsi, aucune mention n'est faite de l'avocat, du policier et de l'un des médecins, et bien que l'impact de leurs témoignages n'ait peut-être pas été énorme ils auraient dû au moins être discutés.

Enfin, il résume l'essentiel de ses réserves à l'endroit de l'exposé du juge en disant:

[TRADUCTION] Comme je l'ai dit précédemment, la défense, qui était sérieuse, aurait dû, à mon avis, être soumise au jury avec beaucoup plus de précision. Au besoin, elle aurait dû être expliquée par des mots beaucoup plus simples que ceux utilisés par les témoins. C'est une tâche difficile qui comporte le risque d'être moins précis. Mais, comme l'a dit la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Azoulay c. La Reine* (1952), 15 C.R. 181, il faut écarter ce qui n'est pas important dans «les témoignages très techniques et contradictoires» (des experts) de sorte que le jury puisse «apprécier pleinement *la valeur et l'effet* des témoignages» (le juge Taschereau, à la p. 184).

Il appert donc que de l'avis du juge dissident, le juge de première instance aurait dû:

1) résumer la preuve autrement que «simplement un très petit résumé»;

2) expliquer aux jurés dans des termes plus abordables pour des profanes le sens des propos des docteurs Cayouette et Talbot;

3) référer les juges aux témoignages du policier de Joliette, de l'avocat, ainsi qu'à celui du docteur Pierre Thibault, témoignages dont il n'a nullement traité dans son exposé.

Avant d'examiner ce que le juge a dit aux jurés, il est utile de rappeler ici quelques règles qui doivent guider les juges lorsqu'ils font leur exposé aux jurés et lorsqu'ils leur donnent des directives en droit. Mais rappelons d'abord celles qui gouvernent les juges qui apprécient ces directives en appel.

La règle première dont un juge d'appel doit se souvenir est à l'effet qu'il ne doit pas apprécier l'exposé d'un juge en regard de celui qu'il aurait lui-même fait mais en fonction de la norme d'ap-

in *Bray v. Ford*[5], by the House of Lords, which, obvious though it may be, is still in the final analysis the real standard. In that case, Lord Watson observed (at p. 49):

> Every party to a trial by jury has a legal and constitutional right to have *the case* which he has made, either in pursuit or in defence, *fairly submitted* to the consideration of that tribunal. [My emphasis.]

A few years later, this Court issued a warning to guard against certain dangers awaiting those called on to review charges to the jury, in *Spencer v. Alaska Packers Association*[6]. Nesbitt J. stated (at p. 367):

> I think it is very dangerous to quote from cases statements of the duty of a judge in directing a jury which are only applicable to the particular case.

Killam J., on his part, wrote (at p. 373):

> Stated in the abstract, it may be said that it is the duty of a judge presiding at a jury trial to see that the jury are instructed as to what are the issues of fact upon which their findings are required, and the law relating to these, and how their verdict should be according as their findings of fact are in one way or another. But the degree in which it is important to point out these things expressly in a formal charge must always depend upon the circumstances of the case.

The rule stated by Lord Watson and the warning given by this Court in *Spencer* have been restated on several occasions, their formulation varying with the circumstances presented by the cases in question. There is no need here to make a complete review of the point; this Court has done it so many times; it will suffice to refer to the statements of the Court in three cases: *Azoulay v. The Queen*[7]; *Kelsey v. The Queen*[8] and *Lizotte v. The Queen*[9].

Nonetheless, I should like to add to this reference the remarks of Lord Goddard of the Court of Appeal of England, remarks relied on by the

[5] [1896] A.C. 44.
[6] (1904), 35 S.C.R. 362.
[7] [1952] 2 S.C.R. 495.
[8] [1953] 1 S.C.R. 220.
[9] [1953] 1 S.C.R. 411.

préciation qu'énonçait la Chambre des Lords dans *Bray v. Ford*[5], qui, toute évidente qu'elle puisse être, demeure en fin de compte la véritable norme. Voici ce que disait lord Watson (à la p. 49):

> [TRADUCTION] Chaque partie à un procès devant jury a un droit constitutionnel et reconnu par la loi de voir *les arguments* qu'il a soumis, soit en poursuite soit en défense, *présentés équitablement* au tribunal. [Les italiques sont de moi.]

Cette Cour faisait quelques années plus tard une mise en garde pour nous prémunir contre certains dangers qui guettent ceux qui sont appelés à réviser des exposés aux jurés dans la cause de *Spencer c. Alaska Packers Association*[6]. Le juge Nesbitt disait (à la p. 367):

> [TRADUCTION] Il est très dangereux d'extraire de la jurisprudence des déclarations sur le devoir du juge dans son exposé au jury qui ne s'appliquent qu'au cas particulier.

Le juge Killam, pour sa part, écrivait (à la p. 373):

> [TRADUCTION] En théorie, nous pouvons dire que le juge qui préside un procès par jury a le devoir de s'assurer que le jury est bien informé des questions de fait sur lesquelles il doit tirer ses conclusions, du droit qui leur est applicable, et du verdict qu'il doit rendre selon les conclusions de fait qu'il tirera. Mais l'importance d'une directive expresse sur ces points dans l'exposé formel dépendra toujours des circonstances de l'affaire.

La règle énoncée par lord Watson et la mise en garde de cette Cour dans *Spencer* ont été maintes fois réitérées, leur formulation variant selon les différences que présentaient les causes en l'espèce. Il n'est pas nécessaire de refaire ici une analyse complète de la question; cette Cour l'a souvent fait; aussi suffira-t-il de nous référer aux propos de cette Cour dans trois causes: *Azoulay c. La Reine*[7]; *Kelsey c. La Reine*[8] et *Lizotte c. La Reine*[9].

A ce renvoi j'aimerais quand même ajouter ici les propos de lord Goddard de la Cour d'appel d'Angleterre, propos sur lesquels se sont appuyés

[5] [1896] A.C. 44.
[6] (1904), 35 R.C.S. 362.
[7] [1952] 2 R.C.S. 495.
[8] [1953] 1 R.C.S. 220.
[9] [1953] 1 R.C.S. 411.

judges of this Court in *Kelsey* and *Lizotte*, when he said, in the case of *Derek Clayton-Wright*[10] (at p. 29):

The duty of the Judge ... is adequately and properly performed ... if he puts before the jury clearly and fairly the contentions on either side, omitting nothing from his charge, so far as the defence is concerned, *of the real matters* upon which the defence is based. He must give ... a fair picture of the defence, but that does not mean to say that he is to paint in the details or to comment on every argument which has been used or to remind them of the whole of the evidence which has been given by experts or anyone else. [My emphasis.]

Now to consider the judge's charge to the jury on the defence of insanity and the observations of Kaufman J.A. of the Court of Appeal.

The charge was relatively short, since the only question was whether the accused had succeeded in establishing on a balance of probabilities that at the time of the crime he was suffering from a "disease of the mind to an extent that renders him incapable of appreciating the nature of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong".

After giving general instructions, the judge considered the evidence as follows:

[TRANSLATION] I now intend to indicate what I consider to be the essence of the evidence presented by the prosecution and by the defence. I do not intend to repeat the testimony given word for word; I shall simply summarize what I take to be the facts proven. If your memory differs from mine in this regard, do not rely on my observations, but trust to your memory. You are entitled to ignore my opinion in its entirety with regard to the interpretation of one or more facts or of the evidence.

He subsequently commented on the nature of the defence as follows:

[TRANSLATION] The defence is based on the insanity of the accused, that is, the defence contends that at the time of the crime the accused was suffering from insanity. The defence maintains that at that time, when the crime was committed, the accused could not appreciate the nature and quality of the act committed by him. Several witnesses were heard for the defence. Yvan Goulet, a social worker, saw the accused in September

[10] (1948), 33 Cr. App. R. 22.

les juges de cette Cour dans *Kelsey* et *Lizotte*, qui disait, dans la cause de *Derek Clayton-Wright*[10] (à la p. 29):

[TRADUCTION] Le juge s'acquitte ... adéquatement et convenablement de son devoir ... s'il présente clairement et équitablement les prétentions des deux parties, n'omettant dans son exposé, en ce qui concerne la défense, aucun des *fondements réels* de la défense. Il doit présenter ... une image juste de la défense, mais cela ne veut pas dire qu'il doit dépeindre en détail ou commenter chaque argument utilisé ou lui rappeler l'ensemble des témoignages des experts ou des autres témoins. [Les italiques sont de moi.]

Examinons maintenant l'exposé du juge au jury en regard de la défense d'aliénation mentale et des propos de monsieur le juge Kaufman de la Cour d'appel.

L'exposé a été relativement bref puisque seule se soulevait la question de savoir si l'accusé avait réussi à établir par une preuve prépondérante qu'il était au moment du crime atteint de «maladie mentale à un point qui le rend incapable de juger la nature d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais».

Après des directives en droit d'ordre général, le juge aborda la preuve par ces propos:

J'ai l'intention maintenant de mettre en lumière ce que je considère l'essentiel de la preuve apportée tant par la poursuite que par la défense. Je n'ai pas l'intention de répéter le mot à mot des témoignages rendus, je vais me contenter de résumer ce que je considère être les faits mis en preuve. Si à ce sujet votre souvenir diffère du mien, ne retenez pas mes commentaires, mais fiez-vous plutôt à votre mémoire. Vous avez le droit d'ignorer dans sa totalité mon opinion en marge de l'interprétation d'un ou de plusieurs faits, ou de la preuve.

Plus loin il commentera la nature de la défense comme suit:

La défense est basée sur l'aliénation mentale de l'accusé, c'est-à-dire que la défense prétend qu'au moment du crime l'accusé souffrait d'aliénation mentale. La défense prétend qu'à ce moment-là, le moment du crime, l'accusé ne pouvait juger de la nature et de la qualité de l'acte qu'il a posé. Il y a plusieurs témoins qui ont été entendus en défense. Yvan Goulet, un travailleur social a vu l'accusé durant les mois de septembre et octobre

[10] (1948), 33 Cr. App. R. 22.

and October 1973, and he stated that the accused mistreated animals and that, on one or more occasions, he held his mother with his arms.

Dr. Reid, a physician, met the accused in December 1973. I am giving you, I am giving you merely a very short summary of the testimony of these witnesses, what I regard as most important. When he saw the accused, the accused told him that "I am crazy, a lunatic, I'm uncomfortable with other people". He further stated that the accused knew where he was, but that he was utterly miserable. The doctor further testified that the accused did not commit violent acts, he was merely aggressive, aggressive in what he said.

These remarks were followed by his commentary on the testimony of Drs. Cayouette and Talbot. We may pause here a moment to consider the first of the reservations made by Kaufman J.A., namely, that the trial judge summarized the testimony too briefly.

In this regard, it should first be noted that when the judge told the jury that he was making "merely a very short summary", he was referring to the testimony of the social worker Yvan Goulet and of Dr. Reid, not to the testimony as a whole, as Kaufman J.A. appears to suggest. In my opinion, this is all that the testimony of these two witnesses called for. The social worker had not seen the accused since 1973, and in any case did not say anything of great relevance, except perhaps for offering some background to the accused's family life. Dr. Reid, for his part, pointed out that he was not competent to make any judgment as to his patient's mental condition, as he was not a psychiatrist. Accordingly, the judge properly gave only a brief summary of this testimony.

Kaufman J.A. further concluded that the trial judge had not explained the purport and meaning of the testimony of Drs. Cayouette and Talbot, using language which a layman could understand.

I have carefully examined the testimony of these doctors and the remarks of the judge. I find that the judge took care to cite for the jury only passages from the testimony where, at his urging, at that of one of the counsel or of their own accord, the two doctors had explained the meaning of the terms they were using; other examples are

soixante-treize ('73), il dit que l'accusé a maltraité les animaux et qu'à une ou plusieurs reprises, il tenait sa mère avec ses bras.

Le docteur Reid, un médecin, a connu l'accusé en décembre soixante-treize ('73). Je vous donne, je vous donne simplement un très petit résumé des témoignages de ces témoins, ce que je considère le plus important. Lorsqu'il a vu l'accusé, l'accusé lui a dit je suis un fou, un incapable, je suis mal à l'aise dans la société. Il ajoute que l'accusé savait où il était, mais qu'il était malheureux. Le médecin continue son témoignage en disant que l'accusé n'a pas posé de gestes violents, il était seulement agressif, agressif dans ses paroles.

Ces propos furent suivis de son commentaire concernant les témoignages des docteurs Cayouette et Talbot. Arrêtons-nous ici pour considérer la première des réserves que faisait monsieur le juge Kaufman, savoir, que le juge d'assises a fait un résumé trop succinct des témoignages.

A ce sujet, il faut d'abord noter que lorsque le juge a dit aux jurés qu'il «faisait simplement un très petit résumé» il parlait des témoignages du travailleur social Yvan Goulet et du docteur Reid, et non pas de l'ensemble des témoignages, comme semble le laisser entendre monsieur le juge Kaufman. A mon avis, ces deux témoignages ne méritaient guère plus. Le travailleur social n'avait pas vu l'accusé depuis 1973 et de toute façon n'avait guère dit grand chose de pertinent, à part, peut-être, d'offrir en arrière-plan la vie de famille de l'accusé. Quant au docteur Reid, il s'était refusé la compétence de se prononcer sur l'état mental de son patient vu qu'il n'était point psychiatre. Aussi le juge avait-il raison de ne faire qu'un résumé succinct de ces témoignages.

Monsieur le juge Kaufman reproche de plus au juge d'assises de ne pas avoir expliqué la portée et le sens des témoignages des docteurs Cayouette et Talbot en employant des termes que des profanes comprendraient.

J'ai examiné de très près les témoignages de ces médecins ainsi que les remarques du juge. Je constate que le juge a pris le soin de ne citer aux jurés que les passages des témoignages où, soit à son invitation, soit à celle d'un des avocats, ou encore de leur propre chef, les deux docteurs ont expliqué le sens des termes qu'ils employaient; de

provided by their testimony. Moreover, in my view the jury should not be underestimated. The trial judge was in a better position than this Court to determine, in view of the personality and education of each juror, the extent to which he should further simplify what the doctors had already explained.

In this connection, I feel I should add that a judge is not obliged to simplify the testimony of an expert witness. He may, as may counsel, ask the witness to do so. The judge may do so in his charge to the jury, but if so he must warn them that his interpretation of the meaning and purport of what the witness has said is only an opinion and that, in the final analysis, it is up to them and no one else, including the judge, to draw their own conclusions as to what the witness meant. Here, the judge used the passages from the testimony which were most readily comprehensible. In my view, he cannot be said to have failed to simplify, let alone be required to do so, beyond what the witnesses stated.

The third ground of appeal remains: the fact that he made no mention of the testimony of police officer Barrette, Dr. Thibault and of the lawyer Ferland.

It was mentioned earlier that a judge is not required to summarize all the evidence or to refer the jury to the testimony of each and every one of the witnesses. He must draw the jury's attention to testimony and to passages from the testimony tending to support the defence argument; and as each case is different, there is in the end no other rule than that a summing up must be fair having regard to the circumstances of the particular case and the nature of the defence put forward by the accused, and the testimony by means of which it is presented. The accused, who pleaded in his defence that he was insane at the time of the crime, namely on July 2, 1976, having no witnesses to call who could have examined him at the actual instant of the crime or immediately thereafter, called witnesses to testify to his condition before the crime and some time afterwards. It is on the basis of these findings and the circumstances of the murder that Drs. Cayouette, Talbot and Daoust arrived at their opinion that, at the time of

plus leur témoignage en offre d'autres exemples. D'ailleurs il ne faut pas, à mon avis, sous estimer les jurés. Le juge du procès était mieux placé que nous tous pour déterminer, en regard de la personnalité et de l'instruction de chacun des jurés, dans quelle mesure il se devait de vulgariser davantage ce que les médecins avaient déjà expliqué.

A ce sujet, je crois devoir ajouter qu'un juge n'est pas obligé de vulgariser ce qu'un expert a dit. Il lui est loisible comme il l'est aux avocats d'inviter le témoin à le faire. Le juge peut le faire lorsqu'il s'adresse aux jurés, mais il lui faut alors les avertir que son interprétation quant au sens et la portée de ce que le témoin a dit n'est qu'une opinion et qu'il leur revient, en fin de compte, à l'exclusion de tous autres, y compris le juge lui-même, de tirer leurs propres conclusions sur ce qu'a voulu dire le témoin. Ici le juge s'est servi des passages des témoignages les plus faciles à comprendre. On ne peut à mon avis lui faire le reproche de n'avoir pas vulgarisé, encore moins l'obliger à le faire, au delà de ce que les témoins ont dit.

Reste maintenant le troisième grief: le fait d'avoir passé sous silence les témoignages du policier Barrette, du docteur Thibault et celui de l'avocat Ferland.

Il a été souligné plus tôt qu'un juge n'a pas à résumer toute la preuve ni à référer les jurés à tous et chacun des témoignages. Il lui faut attirer l'attention des jurés sur les témoignages et sur les passages de ceux-ci qui tendent à étayer la thèse de la défense; aussi, chaque cas étant d'espèce, il n'y a pas d'autre règle en fin de compte que celle qu'un exposé soit équitable eu égard aux circonstances propres à la cause et à la nature de la défense présentée par l'accusé, et des témoignages qui la véhiculent. L'accusé, qui invoquait à décharge son aliénation mentale au moment du crime, soit le 2 juillet 1976, a fait entendre, à défaut de témoins qui auraient pu l'examiner au moment même du crime ou encore de façon très contemporaine, des témoins qui ont constaté son état avant le crime et quelque temps après. C'est à partir de ces constatations et des circonstances de l'homicide que les docteurs Cayouette, Talbot et Daoust ont émis l'opinion qu'en date de l'homicide il était probable que Thériault ait, au dire de Cayouette et Talbot,

the murder, Thériault probably was, according to Cayouette and Talbot, or was not, according to Daoust, insane within the meaning of s. 16 of the *Criminal Code*.

Dr. Cayouette explained at some length that his patient was subject to dangerous periods and that the level of this danger could be reduced, by medication and other treatment, for more or less lengthy periods. His testimony as a whole indicates that always lurking was the possibility of a relapse. In addition, the situation is clearly illustrated by the alternation between open and close treatment at the St-Charles Hospital. The possibility of a relapse is further increased when all treatment ceases, as happened from March 18, 1976 onwards. Dr. Talbot was of the same opinion. When these two psychiatrists gave their opinions on the accused's mental condition at the date of the crime, they undoubtedly took into account, as they had to do, the testimony of witnesses at the hearing who provided them with factual information enabling them to speculate in terms of probability on the development of the accused's schizophrenia between the date on which he left the St-Charles Hospital (against the doctor's orders), on March 18, 1976, and the day of the murder, the following July 2. The only witnesses who saw the accused during this time were Mr. Ferland and Dr. Thibault. The accused's bizarre behaviour at Mr. Ferland's office early in June and the aggressiveness noted by Dr. Thibault on June 3 are facts which, in light of the circumstances of this case, are of capital significance in that they may perhaps have indicated—and this was for the jury to decide—a relapse, thus supporting the opinion of the two psychiatrists summoned for the defence, who concluded that at the date of the murder the accused had in fact suffered a relapse. No mention was made by the judge of these two witnesses, or of the disturbing events related by them.

Bélanger J.A. of the Court of Appeal, approving the manner in which the judge summed up the evidence, pointed to the fact that in view of the short duration of the trial the jurors still had all the testimony fresh in their minds. This fact, I agree, is one factor which a judge takes into

ou n'ait pas, selon Daoust, été un aliéné au sens de l'art. 16 du *Code criminel*.

Le docteur Cayouette a longuement expliqué que son malade passait par des périodes dangereuses et que cette dangerosité, suite à une médication et à d'autres traitements, pouvait se résorber pour des périodes plus ou moins longues. De l'ensemble de son témoignage il ressort la présence constante de la possibilité d'une rechute. D'ailleurs l'alternance entre les cures libres et fermées à l'hôpital St-Charles illustre bien la situation. Cette possibilité de rechute est davantage accrue lorsque cesse tout traitement, comme ce fut le cas à compter du 18 mars 1976. Le docteur Talbot est du même avis. Lorsque ces deux psychiatres se prononcent sur l'état mental de l'accusé en date du crime, ils ont sans aucun doute tenu compte, comme ils devaient le faire d'ailleurs, des témoignages de ceux qui au procès leur fournissaient les éléments de fait qui leur permettaient de spéculer en termes de probabilité sur l'évolution de la schizophrénie de l'accusé entre la date de son départ (contre le gré des médecins) de l'hôpital St-Charles le 18 mars 1976 et le jour de l'homicide le 2 juillet suivant. Or, les seuls témoins qui ont vu l'accusé pendant cette période sont M^e^ Ferland et le docteur Thibault. Le comportement bizarre de l'accusé chez M^e^ Ferland au tout début de juin et l'agressivité que constatait le 3 juin le docteur Thibault sont des faits qui, eu égard aux circonstances propres à cette cause, sont d'une importance capitale en ce qu'ils annonçaient peut-être, c'était aux jurés d'en décider, une rechute, étayant ainsi l'avis des deux psychiatres entendus à décharge qui opinaient que l'accusé avait en date de l'homicide effectivement rechuté. Or, nulle mention n'est faite par le juge de ces deux témoins ni non plus des événements troublants qu'ils ont relatés.

Monsieur le juge Bélanger de la Cour d'appel, approuvant la façon dont le juge a résumé la preuve, soulignait le fait que vu la courte durée du procès les jurés avaient alors encore frais à la mémoire tous les témoignages. Ce fait est, j'en conviens, un facteur dont tient compte le juge pour

account in determining, in light of the circumstances peculiar to each trial, the manner in which he must summarize the evidence and present the defence arguments. (See, in this regard, *Chartrand v. The Queen*[11]; *R. v. Borg*[12].) However, this fact clearly could not relieve a judge of the necessity of presenting the defence argument, or of doing so fairly. In the case at bar, assuming that the jury remembered the witnesses Ferland and Thibault, the fact that the judge omitted to refer to them probably left them with the impression that this testimony was of so little relevance that it did not even require being mentioned.

In my view, the judge should have given these witnesses all the importance which they deserved, especially as it is not immediately apparent to a layman. To do this, he should have linked the facts related by them to the possibilities of a relapse explained by Drs. Cayouette and Talbot.

This omission seems to me to have been of such seriousness that it is impossible to conclude that the accused nevertheless had his defence fairly presented to the jury.

Before concluding, I should emphasize that I am not unaware that the task incumbent upon trial judges of presenting a defence of insanity to the jury is a most demanding one in view of the state of the law, the nature of the questions raised by the defence itself and the difficulty which when testifying psychiatrists have in presenting in legal terms (s. 16 of the *Criminal Code*) conclusions based on reasoning very remote from the determination of legal responsibility.

Nonetheless, I would allow this appeal and order a new trial.

Appeal dismissed, LAMER J. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Généreux, Fréchette & Varin, Joliette.

Solicitor for the respondent: Marc Vanasse, Joliette.

[11] [1977] 1 S.C.R. 314.
[12] [1969] S.C.R. 551.

déterminer, eu égard aux circonstances propres à chaque procès, la façon de résumer la preuve et de présenter les prétentions de la défense. (Voir à ce sujet *Chartrand c. La Reine*[11]; *R. c. Borg*[12].) Ce fait ne saurait cependant dispenser un juge de présenter la théorie de la défense ni non plus de la présenter de façon équitable. En l'espèce, tenant pour acquis que les jurés se souvenaient des témoins Ferland et Thibault, le fait que le juge ait omis d'y référer les a probablement laissés avec l'impression que ces deux témoignages étaient si peu pertinents qu'ils ne méritaient même pas une mention de sa part.

A mon avis, le juge devait accorder à ces témoins toute l'importance qu'ils méritaient et ce d'autant plus qu'elle n'est point apparente à première vue au profane. Il devait à cette fin rattacher les faits qu'ils relataient aux possibilités de rechutes qu'avaient expliquées les docteurs Cayouette et Talbot.

Cette omission m'apparaît d'une gravité telle qu'il m'est impossible de conclure que l'accusé a néanmoins vu sa défense présentée aux jurés de façon équitable.

Avant de conclure, je tiens à souligner que je ne suis pas insensible au fait que la tâche qui incombe aux juges des assises de présenter aux jurés une défense d'aliénation mentale est des plus exigeantes eu égard à l'état de la loi, la nature des questions que soulève la défense elle-même et la difficulté qu'ont les psychiatres témoins de présenter en termes légaux (art. 16 du *Code criminel*) des conclusions qui ont été tirées à partir d'équations fort étrangères à l'appréciation d'une responsabilité légale.

Je serais néanmoins d'avis d'accueillir ce pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, le juge LAMER *étant dissident.*

Procureurs de l'appelant: Généreux, Fréchette & Varin, Joliette.

Procureur de l'intimée: Marc Vanasse, Joliette.

[11] [1977] 1 R.C.S. 314.
[12] [1969] R.C.S. 551.

Maurice S. Hébert *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1981: March 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Fraud and conspiracy charge — Credibility of accused's testimony — Conviction — Criminal Code, ss. 338(1), 423(1)(d).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], dismissing with a dissent an appeal by appellant and upholding his conviction on counts of fraud and conspiracy.

Michel Proulx, for the appellant.

Yves Berthiaume, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

MARTLAND J.—The detailed arguments submitted on behalf of the appellant have not persuaded us that the judgment of the Court of Appeal is ill-founded. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Proulx, Barot & Dupuis, Montreal.

Solicitor for the respondent: Y. Berthiaume, Montreal.

[1] [1979] C.A. 434.

Maurice S. Hébert *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1981: 23 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Accusation de fraude et de complot — Crédibilité du témoignage de l'accusé — Condamnation — Code criminel, art. 338(1), 423(1)d).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], rejetant avec dissidence un appel de l'appelant et confirmant sa déclaration de culpabilité sur les chefs d'accusation de fraude et de complot.

Michel Proulx, pour l'appelant.

Yves Berthiaume, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE MARTLAND—Les arguments circonstanciés soumis au nom de l'appelant ne nous ont pas persuadés que l'arrêt de la Cour d'appel est mal fondé. Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Proulx, Barot & Dupuis, Montréal.

Procureur de l'intimée: Y. Berthiaume, Montréal.

[1] [1979] C.A. 434.

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. (*Third Party*) *Appellant*;

and

B.C. Marine Shipbuilders Ltd. and Straits Towing Ltd. (*Plaintiffs*) *Respondents*;

and

F. M. Yorke & Son Limited (*Defendant*) *Respondent*;

and

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. (*Defendant*) *Appellant*;

and

B.C. Marine Shipbuilders Ltd. and Straits Towing Ltd. (*Plaintiffs*) *Respondents.*

1980: March 11, 12, April 23, 24; 1981: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Jurisdiction — Federal Court of Canada — Trial Division — Canadian maritime law — Third party proceedings, while related to action in maritime law, based in tort and contract — Whether or not jurisdiction to entertain third party proceeding — British North America Act, s. 91.10 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), (2), 42 — The Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29, ss. 3, 4 — An Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England, 1840 (U.K.), c. 65, s. 6 — The Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31 — Colonial Courts of Admiralty Act, 1890, 1890 (U.K.), c. 27.

Maritime law — Barge lost at sea — Towline socket failure — Socket resocketed under contract — Tug's contract requiring seaworthiness at outset of voyage — No liability of due diligence proved — Whether or not tug owner liable — Whether or not third party liable to indemnify other parties for loss of third party negligent in resocketing process.

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. (*Tierce partie*) *Appelante*;

et

B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et Straits Towing Ltd. (*Demanderesses*) *Intimées*;

et

F. M. Yorke & Son Limited (*Défenderesse*) *Intimée*;

et

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. (*Défenderesse*) *Appelante*;

et

B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et Straits Towing Ltd. (*Demanderesses*) *Intimées.*

1980: 11, 12 mars, 23, 24 avril; 1981: 19 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale du Canada — Division de première instance — Droit maritime canadien — Demandes en indemnisation, en marge d'une action en droit maritime, fondée sur la négligence et l'inexécution d'un contrat — La Cour a-t-elle compétence pour entendre la demande en indemnisation? — Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91.10 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), (2), 42 — Acte de l'Amirauté de 1891, 1891 (Can.), chap. 29, art. 3, 4 — An Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England, 1840 (R.-U.), chap. 65, art. 6 — Loi d'amirauté, 1934, 1934 (Can.), chap. 31 — Acte des Cours coloniales d'Amirauté, 1890, 1890 (R.-U.), chap. 27.

Droit maritime — Chaland perdu en mer — Rupture de l'attache du câble de remorquage — Attache remboîtée aux termes d'un contrat — Contrat de remorquage exigeant un bon état de navigabilité au commencement du voyage — Aucune preuve de responsabilité de diligence raisonnable — Le propriétaire du remorqueur est-il responsable? — La tierce partie est-elle tenue, du fait de sa négligence dans l'opération de remboîtement, d'indemniser les autres parties?

These appeals raised questions of liability for loss at sea of a log barge, owned by the respondent B.C. Marine Shipbuilders Ltd. and chartered to Straits Towing Ltd., while the barge was being towed by the *Lorne Yorke*, a tug owned by F. M. Yorke & Son Limited. Pursuant to the contract with the tug owner the ship had to be seaworthy at the outset of the voyage, and if it were otherwise, the burden lay on the tug owner to prove due diligence with respect to seaworthiness. The loss occurred because of the failure of a manganese steel socket that formed part of the towline between the tug and the barge. The socket had been resocketed—a process by which a socket was reattached to the wire rope or cable—and because the process had been performed by Wire Rope, that company was joined in the action as a third party. Claims were made by the owner and the charterer of the barge against the tug's owner; claims for indemnity were made against Wire Rope; as well, the jurisdiction of the Federal Court of Canada to deal with the third party claim was in issue.

At trial, judgment was ordered against Yorke in favour of Straits and B.C. Marine, and a reference directed. The actions against Wire Rope were dismissed. The Court of Appeal allowed Yorke's appeal from the judgment in favour of B.C. Marine but dismissed its appeal from judgment in favour of Straits. The third party claim by Yorke and the appeals by B.C. Marine and Straits against Wire Rope succeeded, rendering Yorke liable for the barge's loss with right of indemnity against Wire Rope and making Wire Rope liable to B.C. Marine and Straits for their losses. In this Court, Wire Rope appealed and sought the restoration of the trial judgment. B.C. Marine and Straits sought dismissal of the appeal made by Wire Rope and Yorke, and B.C. Marine also sought a reversal of the Court of Appeal's dismissal of its action against Yorke. Yorke cross-appealed the judgment made against it in favour of Straits, and alternatively, sought an order for indemnification against Wire Rope for damages and costs for which it could be held liable.

Held: The appeals of Wire Rope against the judgments in favour of B.C. Marine, Straits and Yorke should be allowed and the part of the trial judgment dismissing the actions against Wire Rope restored; the cross-appeal by Yorke should be allowed; the action by

Ces pourvois portent sur la responsabilité de la perte en mer d'un chaland de transport de billes de bois dont l'intimée B.C. Marine Shipbuilders Ltd. était propriétaire et que Straits Towing Ltd. avait affrété, alors que le chaland était à la remorque du *Lorne Yorke*, un remorqueur dont F.M. Yorke & Son Limited était propriétaire. Aux termes du contrat avec le propriétaire du remorqueur, le navire devait être en bon état de navigabilité au début du voyage, et dans le cas contraire, le propriétaire du remorqueur a le fardeau d'établir qu'il a exercé la diligence raisonnable pour mettre le navire en bon état de navigabilité. La perte est survenue du fait de la rupture d'une attache d'acier au manganèse qui faisait partie du câble de remorquage entre le remorqueur et le chaland. L'attache avait été remboîtée (une opération par laquelle une attache était attachée de nouveau au câble métallique ou câble) et parce que Wire Rope avait effectué cette opération, cette compagnie a été mise en cause dans l'action. Le propriétaire et l'affréteur du chaland ont poursuivi le propriétaire du remorqueur; Wire Rope a été poursuivie en dommages; le pourvoi soulève en outre la compétence de la Cour fédérale du Canada d'entendre la poursuite de la tierce partie.

En première instance, jugement a été prononcé contre Yorke en faveur de Straits et B.C. Marine, et un renvoi a été ordonné. Les actions contre Wire Rope sont rejetées. La Cour d'appel a accueilli l'appel de Yorke contre le jugement rendu en faveur de B.C. Marine mais a rejeté son appel contre le jugement rendu en faveur de Straits. La demande d'indemnisation de Yorke et les appels de B.C. Marine et Straits contre Wire Rope ont été accueillis; ainsi Yorke a été tenue responsable de la perte du chaland et autorisée à recouvrer des dommages-intérêts contre Wire Rope, et Wire Rope a été tenue responsable envers B.C. Marine et Straits pour les pertes qu'elles ont subies. Wire Rope se pourvoit devant cette Cour et demande de rétablir le jugement de première instance. B.C. Marine et Straits demandent le rejet des pourvois de Wire Rope et de Yorke, et B.C. Marine demande en outre d'infirmer le rejet, par la Cour d'appel, de son action contre Yorke. Yorke demande d'accueillir son pourvoi incident formé contre l'arrêt prononcé contre elle en faveur de Straits et, advenant le rejet de son pourvoi incident, elle demande à la Cour d'ordonner à Wire Rope de la garantir des dommages-intérêts et des frais qu'elle pourrait être tenue de payer.

Arrêt: Les pourvois de Wire Rope contre les décisions rendues en faveur de B.C. Marine, Straits et Yorke sont accueillis, la partie du jugement de première instance rejetant les actions contre Wire Rope est rétablie; le pourvoi incident de Yorke est accueilli; l'action de B.C.

B.C. Marine and Straits against Yorke should be dismissed; and the cross-appeal of B.C. Marine and Straits should be dismissed.

The Federal Court had jurisdiction to deal with the claims made against Wire Rope. Those claims alleged breach of contract and negligence in the resocketing of the main towing cable which formed part of the equipment of the *Lorne Yorke*. The claims made against Wire Rope were encompassed within the meaning of "Canadian maritime law" as used in the *Federal Court Act*. Jurisdiction broad enough to include these claims had been granted the British High Court of Admiralty, and had been transmitted through a succession of courts to the Federal Court. In addition, the substantive law relating to the claims fell within federal legislative competence under s. 91.10 of the *British North America Act*. There was therefore law of Canada relating to the issues upon which the Federal Court could operate. It was of no significance that Yorke's claim was one for indemnity. Claims for indemnity and third party actions, generally, are not mere incidents to the principal action but are independent, standing on their own feet.

The appeals against Wire Rope were dismissed for it could not be shown that its work on the socket caused or contributed to the socket's failure leading to the loss of the barge. There was evidence to support the conclusion that resocketing did not significantly embrittle the socket and cause its failure. Any claim that the defect was caused by an indefinite number of resocketings could not be sustained for no affirmative evidence was adduced to establish more than one socketing and resocketing. As the resocketing did not cause the socket's failure, no liability could fall on Wire Rope.

Yorke was not liable in the main action brought by B. C. Marine and Straits for the loss of the barge. Any implied warranty respecting the ability of the crew, tackle and equipment at the outset of the voyage to meet the circumstances reasonably expected, was replaced by the inclusion of specific provisions in the contract between Yorke and Straits. Yorke was liable to B.C. Marine or Straits only if the *Lorne Yorke*, because of a failure by Yorke to exercise due diligence, was not seaworthy when it put out on the voyage that led to the accident, and if the loss was caused by lack of seaworthiness. Yorke successfully met the burden of showing that the socket's failure was caused by a latent defect. The exercise of due diligence would not have revealed the defect. Even if the socket had had no latent defect, there was evidence that the manganese steel socket could be

Marine et de Straits contre Yorke est rejetée; le pourvoi incident de B.C. Marine et Straits est rejeté.

La Cour fédérale a compétence pour entendre les réclamations contre Wire Rope. Ces réclamations allèguent l'inexécution du contrat et la négligence au cours du remboîtement du câble principal qui est une pièce de l'équipement du *Lorne Yorke*. Les réclamations contre Wire Rope relèvent du «droit maritime canadien» au sens que lui donne la *Loi sur la Cour fédérale*. Une juridiction suffisamment large pour inclure ces réclamations a été accordée à la Haute Cour d'Amirauté anglaise et a été transmise, de cour en cour, à la Cour fédérale. En outre, le droit positif concernant ces réclamations relève du pouvoir législatif fédéral aux termes du par. 91.10 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Il existe par conséquent un droit canadien se rapportant à ces questions sur lequel la Cour fédérale a compétence. Il n'est pas important que la réclamation de Yorke soit un recours en garantie. En général, les recours en garantie et les actions contre un tiers ne sont pas de simples incidents de l'action principale mais sont indépendantes et complètes en elles-mêmes.

Les pourvois à l'encontre de Wire Rope sont rejetés parce qu'on n'a pas pu établir que les travaux qu'elle a effectués à l'attache ont causé la rupture de l'attache à l'origine de la perte du chaland ou y ont contribué. La preuve permet de conclure que le remboîtement n'a pas affaibli l'attache de manière sensible ni causé sa rupture. On ne peut retenir l'affirmation que le défaut résulte d'un nombre indéfini d'opérations de remboîtement puisqu'on n'a fourni aucune preuve positive qui établisse plus d'un emboîtement et d'un remboîtement. Comme la rupture de l'attache ne résulte pas du remboîtement, Wire Rope ne doit assumer aucune responsabilité.

Yorke n'est pas responsable dans l'action principale intentée par B.C. Marine et Straits pour la perte du chaland. Toute garantie implicite quant à la compétence de l'équipage et au bon état de l'équipement, au départ, pour faire face aux conditions auxquelles on peut raisonnablement s'attendre a été remplacée par l'inclusion de dispositions précises au contrat entre Yorke et Straits. Yorke n'est responsable envers B.C. Marine ou Straits que si le *Lorne Yorke*, faute par Yorke d'avoir exercé toute la diligence raisonnable, n'était pas en bon état de navigabilité lorsqu'il a entrepris le voyage qui a conduit à l'accident, et si la perte est imputable au mauvais état de navigabilité. Yorke a réussi à établir que la rupture de l'attache résulte d'un défaut caché. L'exercice de la diligence raisonnable n'aurait pu permettre de trouver le défaut. Même si l'attache n'avait pas eu de défaut

safely resocketed and that the practice of re-using sockets after resocketing was regularly followed in the industry with no apparent ill-effects. The state of the socket at the outset of the voyage was not such as to make the vessel unseaworthy and so render Yorke liable pursuant to the contract. There was no evidence of loss being caused by faulty navigation or seamanship.

R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited and Foundation Company of Canada Limited, [1980] 1 S.C.R. 695, distinguished; *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; *Quebec North Shore Paper Company et al. v. Canadian Pacific Limited, et al.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Limited et al. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *Bank of Montreal v. Royal Bank of Canada*, [1933] S.C.R. 311; *Charles Goodfellow Lumber Sales Limited v. Borromée Verreault, Captain Fernand Hovington and Verreault Navigation Inc.*, [1971] S.C.R. 522, applied; *Maxine Footwear Company Ltd. et al. v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, [1957] S.C.R. 801; *Western Canada Steamship Company Limited v. Canadian Commercial Corporation and Others*, [1960] S.C.R. 632; *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd., ("Muncaster Castle")*, [1961] A.C. 807; *Toronto Elevators Limited v. Colonial Steamship Limited*, [1950] Ex. C.R. 371; *Robin Hood Flour Mills Limited v. N. M. Paterson & Sons Limited*, [1967] 1 Ex. C.R. 431, aff'd [1968] 1 Ex. C.R. 175, referred to; *Scottish Metropolitan Assurance Company, Limited v. Canada Steamship Lines, Limited*, [1930] S.C.R. 262; *The "Dimitrios N. Rallias"* (1922), 13 Ll. L. R. 363, considered.

APPEALS AND CROSS-APPEALS from decisions of the Federal Court of Appeal[1], allowing the appeals from and varying the judgments of Gibson J. Appeals by Wire Rope against the judgments in favour of B.C. Marine, Straits, and Yorke allowed, and that part of the judgment at trial dismissing the actions against Wire Rope restored; cross-appeal by Yorke allowed; the action by B.C. Marine and Straits against Yorke dismissed; and the cross-appeal of B.C. Marine and

[1] (1978), 20 N.R. 486.

caché, la preuve révèle que les attaches d'acier au manganèse peuvent être remboîtées sans risque et qu'il était d'usage, dans ce commerce, de réutiliser des attaches remboîtées sans mauvais résultats apparents. L'état de l'attache au début du voyage n'a pas mis le navire en mauvais état de navigabilité et n'a pas rendu Yorke responsable en vertu du contrat. Il n'y a pas de preuve que la perte résulte de fautes de navigation ou de manœuvre.

Jurisprudence: distinction faite avec l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited et Foundation Company of Canada Limited*, [1980] 1 R.C.S. 695; arrêts appliqués: *Tropwood A.G. et les propriétaires du navire Tropwood c. Sivaco Wire & Nail Company et Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.*, [1979] 2 R.C.S. 157; *Quebec North Shore Paper Company et autre c. Canadien Pacifique Limitée et autre*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Limited et autre c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *Banque de Montréal c. Banque Royale du Canada*, [1933] R.C.S. 311; *Charles Goodfellow Lumber Sales Limited c. Borromée Verreault, Capitaine Fernand Hovington et Verreault Navigation Inc.*, [1971] R.C.S. 522; arrêts mentionnés: *Maxine Footwear Company Ltd. et autre c. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*, [1957] R.C.S. 801; *Western Canada Steamship Company Limited c. Canadian Commercial Corporation et autres*, [1960] R.C.S. 632; *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd., («Muncaster Castle»)*, [1961] A.C. 807; *Toronto Elevators Limited c. Colonial Steamship Limited*, [1950] R.C. de l'É. 371; *Robin Hood Flour Mills Limited c. N.M. Paterson & Sons Limited*, [1967] 1 R.C. de l'É. 431, confirmé à [1968] 1 R.C. de l'É. 175; arrêts examinés: *Scottish Metropolitan Assurance Company, Limited c. Canada Steamship Lines, Limited*, [1930] R.C.S. 262; *The «Dimitrios N. Rallias»* (1922), 13 Ll. L. R. 363.

POURVOIS ET POURVOIS INCIDENTS à l'encontre des décisions de la Cour d'appel fédérale[1], qui ont accueilli les appels interjetés des jugements du juge Gibson et qui a modifié ces jugements. Les pourvois de Wire Rope à l'encontre des arrêts rendus en faveur de B.C. Marine, Straits et Yorke sont accueillis, et la partie du jugement de première instance rejetant les actions contre Wire Rope est rétablie; le pourvoi incident de Yorke est accueilli; l'action de B.C. Marine et de Straits

[1] (1978), 20 N.R. 486.

Straits dismissed.

D. Brander Smith and *N. Daugulis*, for the appellant.

W. O'M. Forbes, for the respondents B.C. Marine Shipbuilders Ltd. and Straits Towing Ltd.

J. R. Cunningham, for the respondent F. M. Yorke & Son Limited.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—These appeals raise questions of liability for the loss at sea of a log barge owned by the respondent B.C. Marine Shipbuilders Ltd. Claims were made by the owners and charterers of the lost barge against the owners of the tug engaged to tow it; claims for indemnity were also made against a company which had performed certain services for the tug; as well the jurisdiction of the Federal Court of Canada to deal with the third party claim for indemnity was in issue.

The respondents B.C. Marine Shipbuilders Ltd. (B.C. Marine) and Straits Towing Ltd. (Straits) commenced these proceedings in the Federal Court against F. M. Yorke & Son Limited (Yorke) claiming damages for breach of a contract of towage and for negligence resulting in the loss of their barge, the *Westport Straits*. The breach alleged was that Yorke had failed to furnish a seaworthy tug. By the order of Mr. Justice Sheppard, dated January 7, 1970, Yorke issued a third party notice directed to Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. (Wire Rope) and later filed a statement of claim for indemnity for any damages for which it might become liable to the respondents. Yorke alleged negligence on the part of Wire Rope in the resocketing of a cable used in towing the *Westport Straits*, a process I will describe later, and breach of an implied warranty of fitness of its work. On January 5, 1973 Collier J. gave leave to B.C. Marine and Straits to add Wire Rope as a defendant, and in their amended statement of claim they claimed negligence in the

contre Yorke est rejetée; et le pourvoi incident de B.C. Marine et Straits est rejeté.

D. Brander Smith et *N. Daugulis*, pour l'appelante.

W. O'M. Forbes, pour les intimées B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et Straits Towing Ltd.

J. R. Cunningham, pour l'intimée F. M. Yorke & Son Limited.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Ces pourvois portent sur la responsabilité de la perte en mer d'un chaland de transport de billes de bois dont l'intimée B.C. Marine Shipbuilders Ltd. était propriétaire. Les propriétaires et les affréteurs du chaland ont poursuivi les propriétaires du remorqueur affrété pour le touer; des poursuites en dommages ont aussi été intentées contre une société qui a effectué des travaux pour le remorqueur; le pourvoi soulève en outre la compétence de la Cour fédérale du Canada d'entendre la poursuite en dommages de la tierce partie.

Les intimées B.C. Marine Shipbuilders Ltd. (B.C. Marine) et Straits Towing Ltd. (Straits) ont intenté ces procédures en Cour fédérale contre F. M. Yorke & Son Limited (Yorke) et réclament des dommages-intérêts pour inexécution du contrat de touage et pour négligence causant la perte de leur chaland, le *Westport Straits*. On reproche à Yorke de n'avoir pas fourni un remorqueur en bon état de navigabilité. En vertu d'une ordonnance du juge Sheppard en date du 7 janvier 1970, Yorke a mis en cause Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. (Wire Rope) et a ensuite produit une demande en garantie de tous dommages qu'elle pouvait être appelée à payer aux intimées. Yorke allègue la négligence de Wire Rope dans l'opération de remboîtement d'un câble ayant servi à remorquer le *Westport Straits*, une opération à laquelle je reviendrai; elle allègue en outre l'inexécution d'un garantie implicite de bonne exécution des travaux. Le 5 janvier 1973, le juge Collier a autorisé B.C. Marine et Straits à poursuivre Wire Rope, et dans l'exposé de leur demande modifiée,

resocketing process and resultant damages against Wire Rope.

Yorke denied negligence and denied breach of any implied term of seaworthiness of the tug and its towing gear. It asserted that it had exercised due diligence in furnishing a seaworthy vessel. In its statement of defence and counterclaim, Yorke said that if any negligence was involved in connection with the towing and loss of the *Westport Straits* it was attributable to the negligence of one Tobiasen, the mate of the tug, who was an employee of Straits and who had been placed as mate upon the tug by agreement with Yorke. Wire Rope denied negligence in the resocketing and also denied any implied or express warranty as to the quality of its work.

The plaintiff B.C. Marine owned the *Westport Straits*. By demise charter it chartered the barge to its co-plaintiff Straits. It was to be used to haul logs between Vancouver and a port, or ports, on the westerly coast of Vancouver Island. Straits, in turn, had chartered the tug *Lorne Yorke* from Yorke. It then engaged Yorke to tow the *Westport Straits* from Vancouver to a port on Kyuquot Sound on the west coast of Vancouver Island and there to pick up a load of logs and return them to Vancouver. Yorke picked up the barge at Vancouver and commenced to tow it to its destination.

The voyage involved passing through the Straits of Juan de Fuca and proceeding along the west coast of Vancouver Island to the entry to Kyuquot Channel where it was necessary to turn to starboard and pass into the channel and proceed to the destination which was known as Fair Harbour farther up the channel. The weather conditions were bad and on the night of January 31, 1968, while en route to Fair Harbour, the tug had been forced by weather to turn back from the westerly end of the Straits of Juan de Fuca and remain in the shelter of the straits for several hours. By the morning of February 1, the master of the *Lorne Yorke* elected to proceed with the voyage. He

elles invoquent la négligence de Wire Rope dans l'opération de remboîtement et lui réclament les dommages-intérêts qui en découlent.

Yorke a nié toute négligence et tout manquement à une condition implicite de navigabilité du remorqueur et de son équipement de touage. Elle a fait valoir qu'elle a exercé toute la diligence nécessaire en fournissant un navire en bon état de navigabilité. Dans sa défense et sa demande reconventionnelle, Yorke allègue que s'il y a eu négligence dans le remorquage et la perte du *Westport Straits*, elle est due à la négligence d'un certain Tobiasen, second à bord du remorqueur, qui était un employé de Straits et qui avait été nommé second à bord du remorqueur en vertu d'une entente intervenue avec Yorke. Wire Rope a nié toute négligence dans l'opération de remboîtement, et a aussi nié toute garantie, formelle ou tacite, quant à la qualité de ses travaux.

La demanderesse B.C. Marine était propriétaire du *Westport Straits*. Par affrètement coque-nue, elle a affrété le chaland à la codemanderesse Straits. Il devait servir au transport de billes de bois entre Vancouver et un ou plusieurs ports de la côte ouest de l'île Vancouver. Pour sa part, Straits avait affrété de Yorke le remorqueur *Lorne Yorke*. Elle a alors retenu les services de Yorke pour touer le *Westport Straits* de Vancouver à un port du goulet Kyuquot sur la côte ouest de l'île Vancouver, y prendre une cargaison de billes de bois et les rapporter à Vancouver. Yorke a pris le chaland à Vancouver et a commencé à le touer vers sa destination.

L'itinéraire prévoyait de passer par le détroit Juan de Fuca et de longer la côte ouest de l'île Vancouver jusqu'à l'entrée de la passe Kyuquot où il fallait virer à tribord, pénétrer dans la passe et poursuivre en remontant la passe jusqu'à destination au lieu dit Fair Harbour. Le temps était mauvais, et au cours de la nuit du 31 janvier 1968, naviguant vers Fair Harbour, le mauvais temps a obligé le remorqueur à faire demi-tour à l'extrémité ouest du détroit Juan de Fuca et à rester à l'abri dans le détroit pendant plusieurs heures. Le 1er février au matin, le commandant du *Lorne Yorke* a décidé de poursuivre sa route. Il a longé la côte ouest de l'île Vancouver en direction du goulet

continued along the west coast of Vancouver Island towards Kyuquot Sound. At midnight on February 1 he turned over the watch to the mate Tobiasen, and went to bed. At about 0200 hours on February 2 Tobiasen reduced speed to cut down the 'surging' effect of the movement of tug and barge on the towline. This had the effect of allowing the towline to sink to the bottom and drag. At about 0245 hours while entering Kyuquot Channel the tug encountered a squall with sleet and snow and strong gusting winds from east-south-east. At this time the towline had been extended to about 2,000 feet. Tobiasen found that the tug was being moved to port, toward the northerly shore of the channel and, as he ordered a change of course to starboard, the towline became snagged on the bottom and the tug would no longer answer to its helm. In these conditions of weather and sea both tug and tow were placed in extreme hazard. The master was called after speed had been reduced to reduce pressure on the towline. The master came to the wheelhouse at once. He ordered the dropping of the towing pins—devices used to guide the towlines straight over the stern of the tug—for the purpose of making it possible to drive the tug hard to starboard, which he did, while at the same time going to full power in an attempt to jerk the towline free. The towline parted and, as a result, the barge *Westport Straits* was driven ashore and became a total loss.

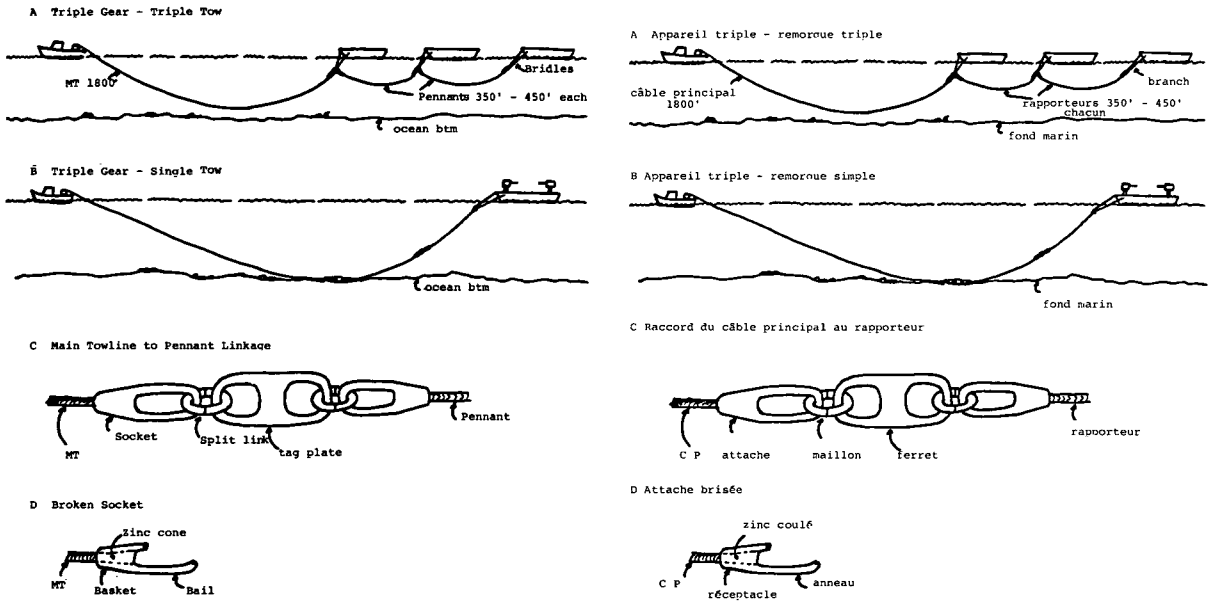
The towline in use was in three connected sections. The principal section described as the main towline extended from the tug about 1,300 feet where it joined the second section or pennant which was some 350 to 400 feet in length and it, in turn, joined the third section which was of similar length and attached to the barge. The connections between the main towline and the first pennant, and between the two pennants, were effected by the use of sockets at the end of each section of cable, joined by links to the opposite sides of a steel tag plate. The sockets were made of steel. They were provided with an eye through which the link of the tag plate passed and were attached to the end of the towline by a process called socketing. Drawings illustrating the triple towing gear involved in this appeal appear below. Figure 'A' illustrates the linkage involved where three barges

Kyuquot. A minuit le 1er février, il a cédé le commandement au second Tobiasen et est allé se coucher. Le 2 février vers 2 h, Tobiasen a réduit la vitesse pour diminuer l'effet «houleux» du mouvement du remorqueur et du chaland sur le câble. Cette manœuvre a permis au câble de couler et de râcler le fond. En entrant dans la passe Kyuquot vers 2 h 45, le remorqueur a dû affronter un orage accompagné de neige et de neige fondante et de fortes bourrasques d'est-sud-est. A ce moment, le câble avait été allongé à environ 2,000 pieds. Tobiasen a constaté que le remorqueur déviait sur bâbord, vers la rive nord de la passe et, lorsqu'il a ordonné de changer le cap vers tribord, le câble a touché un écueil au fond et le remorqueur a cessé de répondre à la barre. Vu les conditions atmosphériques et l'état de la mer, le remorqueur et le chaland couraient un grave péril. Une fois la vitesse réduite pour diminuer la pression exercée sur le câble, le commandant fut appelé et il accourut à la timonerie. Il a ordonné d'enlever les cabillots de touage—des dispositifs utilisés pour guider les câbles de remorquage directement au-dessus de la poupe du remorqueur—afin de pouvoir virer à tribord toute, ce qu'il a fait tout en mettant toute la puissance dans un effort pour dégager le câble d'une secousse. Le câble s'est rompu, à la suite de quoi le chaland *Westport Straits* s'est échoué et a sombré.

Le câble de remorquage utilisé était en trois sections. La plus grande section, soit le câble principal, mesurait 1,300 pieds environ à partir du remorqueur et était reliée à la deuxième section ou rapporteur de 350 à 400 pieds de long, elle-même reliée à la troisième section de même longueur attachée au chaland. Le lien entre le câble principal et le premier rapporteur, et entre les deux rapporteurs, se faisait au moyen d'attaches à l'extrémité de chaque section de câble, liées par des maillons aux côtés opposés d'un ferret d'acier. Les attaches étaient en acier. Elles étaient munies d'un anneau dans lequel passait le maillon du ferret et étaient attachées à l'extrémité du câble de remorquage par une opération appelée emboîtement. Je reproduis ci-après des dessins illustrant l'appareil de touage en triple dont il est question en l'espèce. L'illustration «A» montre le système de chaînons

are towed at once. Figure 'B' illustrates the method of towing employed by Yorke on the date of the loss of the barge and, as well, gives an idea of the relative positions of tug, tow, and towline at the time the line failed. Figure 'C' shows the method of linkage from pennant to pennant, and figure 'D' provides a rough sketch showing the broken socket. It was the socketing of the main towline which brought Wire Rope into this action.

utilisé lorsque trois chalands sont remorqués à la fois. L'illustration «B» montre la méthode de remorquage que Yorke a utilisée le jour où le chaland a sombré et donne aussi une idée des positions relatives du remorqueur, de la remorque et du câble de remorquage au moment où le câble s'est rompu. L'illustration «C» montre le raccord d'un rapporteur à l'autre, et l'illustration «D» offre une esquisse de l'attache brisée. C'est l'emboîtement du câble principal dans son attache qui est la cause de ce que Wire Rope est partie à la présente action.



When the broken towline, or what remained of it, was taken aboard the *Lorne Yorke* it was observed that the break in the line had occurred at the main towline socket. The socket itself had broken and allowed the link to the adjoining pennant to escape. The line itself remained intact. Marks about fifty feet from the socket indicated where the towline had apparently been caught on the rocks. It was alleged against Wire Rope that the socket failed because it had been damaged and weakened by the negligence of Wire Rope in resocketing the towline. Wire Rope had performed this service for Yorke on October 13, 1967. Much

Après avoir remonté le câble de remorquage brisé, ou ce qui en restait, à bord du *Lorne Yorke*, on a remarqué que le câble s'était rompu à l'attache du câble principal. C'est l'attache elle-même qui s'était rompue, permettant au maillon du rapporteur voisin de se libérer. Le câble lui-même est resté intact. A environ cinquante pieds de l'attache, des marques indiquaient l'endroit où le câble de remorquage s'était apparemment coincé dans les rochers. On a prétendu contre Wire Rope que l'attache s'était brisée parce qu'elle avait été endommagée et affaiblie du fait de la négligence de Wire Rope dans l'opération de remboîtement

of the evidence at trial was concerned with this issue. The process of socketing must be understood.

The sockets in use by Yorke at the time of the accident were made of manganese steel. This steel is particularly suited for this function, being very strong, ductile, and having great tensile strength. During the manufacturing process of manganese steel sockets the steel is heated to a temperature of some 1,950° F. and then quenched, or cooled very quickly, in cold water. The sudden cooling prevents the precipitation in the steel of undesirable carbides which, if present, would have the effect of making or tending to make the steel brittle, and thus subject to failure and unsuitable for use in this type of socket. After manufacture if it is necessary for any reason to heat the steel beyond 500° F. or 600° F. there is a danger that some embrittlement may result, depending upon the temperature reached and the time it is maintained, particularly if the heating is repeated frequently. To avoid this danger the steel should be reheated to 1,950° F. and quenched suddenly in cold water as above.

The type of socket in use in this case is used upon cable, commonly called wire rope. When put in use the socket is attached to the towline by running the end of the towline into the bottom of the socket so that it is enclosed by a collar or cylinder forming the base of the socket and called a basket. The wires of the cable end are loosened to give what is termed a 'brushing' effect and then molten zinc is poured into the base of the socket. When the zinc cools and hardens the end of the cable is securely retained in the socket.

From time to time for various reasons, including wear on the cable which frequently appears in the vicinity of the socket, it is necessary to remove the socket and to cut out any worn part of the line. If the socket is considered to be sound it can be resocketed and returned to use. The evidence indicated that re-use of sockets involving a consequent resocketing was common practice with York and other towing companies on the Pacific coast.

du câble. Wire Rope avait exécuté ce travail pour Yorke le 13 octobre 1967. En première instance, une grande partie de la preuve a porté sur cette question. Il faut bien comprendre l'opération d'emboîtement.

Les attaches dont Yorke se servait au moment de l'accident étaient en acier au manganèse. Cet acier est particulièrement bien adapté à cette fonction puisqu'il est très fort, ductile et qu'il a une grande résistance de tension. Pendant la fabrication des attaches d'acier au manganèse, l'acier est chauffé à une température de 1,950 °F et trempé, ou refroidi très rapidement, dans l'eau froide. Le refroidissement soudain empêche la précipitation, dans l'acier, de carbures indésirables qui auraient pour effet de rendre l'acier fragile, donc sujet à briser et inutilisable dans ce genre d'attaches. Si, après sa fabrication, il est nécessaire pour une raison quelconque de chauffer l'acier à plus de 500 °F ou 600 °F, il est possible qu'il devienne cassant, selon la température atteinte et la durée du chauffage, particulièrement si le chauffage est répété fréquemment. Pour éviter ce danger, l'acier devrait être chauffé de nouveau à 1,950 °F et trempé soudainement dans l'eau froide tel qu'indiqué ci-dessus.

Le type d'attache utilisé en l'espèce est fixé à un câble appelé communément câble métallique. Lorsqu'elle est utilisée, on fixe l'attache au câble de remorquage en insérant l'extrémité du câble dans la douille de l'attache de façon qu'il soit enfermé dans un collet ou un cylindre formant la base de l'attache et appelé réceptacle. Les fils à l'extrémité du câble sont desserrés pour lui donner un effet «de brosse», et du zinc fondu est alors coulé dans la base de l'attache. Lorsque le zinc refroidit et se durcit, l'extrémité du câble est maintenue solidement dans l'attache.

Pour des raisons diverses, y compris l'usure du câble qui apparaît souvent près de l'attache, il est nécessaire d'enlever à l'occasion l'attache et d'enlever la portion usée du câble. Si on estime que l'attache est en bonne condition, elle peut être remboîtée et servir de nouveau. La preuve indique que la réutilisation des attaches, y compris leur remboîtement, était pratique courante chez Yorke et les autres sociétés de remorquage de la côte du

To remove the socket it is necessary to heat the zinc in the socket to its melting point which was, according to the evidence, between 700° F. and 800° F. The molten zinc is then allowed to escape and the cable may be removed. The remaining zinc may then be cleaned out of the socket and after worn portions of the cable are removed the socket may be replaced as described above. It should, however, be noted that the process of heating to 1,950° F. followed by a rapid quenching in cold water is done in the foundry where the socket is cast and could not be carried out, and was not carried out, in the circumstances of the resocketing in this case, which will be described later.

The trial judge found that the mate of the *Lorne Yorke*, although an employee of Straits, was at all relevant times under the control and direction of Captain McLean, the master of the *Lorne Yorke*. He therefore considered that, being in the actual control and employment of Yorke, his negligence, if found to exist, would be attributable to Yorke. In this I agree with him and this point was not argued later. It may be observed here that in view of the position taken in this Court on the question of negligence in seamanship and navigation by B.C. Marine and Straits it ceased to be of significance.

He went on to refer to the scientific evidence called by the parties regarding the treatment of the socket and its effect, and expressed his findings in these words:

> Having carefully considered all this evidence, I am of the view, using the usual test of more probable than not, in respect to both the expert and lay evidence, what Chapman and Babey of Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd., did at the material time in re-socketing, because of the manner in which they did it and the time involved, did not result in the subject socket (Exhibit 3) becoming embrittled to any significant extent.
>
> Whatever embrittlement there was in this subject socket, in my view, was caused by the indefinite number of re-socketing operations which were done to it prior to the occasion when Chapman and Babey did their work.
>
> In addition, at the material time when the subject socket broke, it was not subject to just a straight linear pull. Instead, it was subject to a large number of stresses

Pacifique. Pour enlever l'attache, il faut chauffer le zinc qui s'y trouve à sa température de fusion qui, suivant la preuve, se situe entre 700 °F et 800 °F. Le zinc fondu peut alors s'échapper et le câble peut être enlevé. Le zinc qui reste peut alors être écuré, et une fois que les parties usées du câble sont enlevées, l'attache peut être replacée de la façon indiquée ci-dessus. Il faut souligner cependant que l'opération de chauffage à 1,950 °F suivie d'un trempage rapide dans l'eau froide se fait à la fonderie où l'attache est coulée et ne peut être effectuée, et ne l'a pas été, au cours de l'opération de remboîtement en l'espèce qui sera décrite plus loin.

Le juge de première instance a conclu que le second du *Lorne Yorke*, même s'il était un employé de Straits, était en tout temps utile, sous le contrôle et la surveillance du capitaine McLean, commandant du *Lorne Yorke*. Il a donc décidé que, étant sous le contrôle effectif et au service de Yorke, la négligence de sa part, s'il y a lieu, serait imputable à Yorke. Je souscris à cet avis, et ce point n'a pas été soulevé par la suite. Il faut noter ici que ce point a perdu son importance compte tenu de la position adoptée en cette Cour sur la question de la négligence de B.C. Marine et Straits en matière de manœuvre et de navigation.

Le juge de première instance a poursuivi en se rapportant à la preuve de nature scientifique que les parties ont présentée concernant le traitement qu'a subi l'attache et à ses effets, et il a conclu en ces mots:

> Après avoir analysé soigneusement toutes les preuves et appliqué les critères ordinaires de probabilité aux témoignages des experts et à ceux des profanes, je suis d'avis que, vu la durée du traitement et la technique employée pour réparer l'attache, Chapman et Babey de la compagnie Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. n'ont pas pu altérer, d'une manière sensible, la résistance de l'attache en question.
>
> A mon avis, toute altération de la résistance de l'attache en question provient des nombreuses réparations successives antérieurement au travail effectué par Chapman et Babey.
>
> En outre, au moment qui nous intéresse, celui de la rupture de l'attache, elle n'était pas uniquement soumise à une traction linéaire. Au contraire, elle était soumise à

in various directions at the moment when it broke. As a consequence, it is difficult to say precisely how much strength and ductility it had lost.

Regarding the position in this matter of Yorke, he went on to say:

In coming to the conclusion I do, I am of the view, firstly either the Defendant, F. M. Yorke & Son Limited through its servants which includes in law the mate Tobiasen, may have caused the tug through improper seamanship to have got itself in the position it reached near the rocks at the southwesterly end of Kyuquot Channel so that even with proper seamanship, the tug could not have been extricated from its difficulty without breaking the towline; or second, it may be that the situation in which the Defendant, F. M. Yorke & Son Limited through its servants, got the tug into at the material time was a situation which it was not unreasonable under the circumstances of time and sea, to have got the tug into and that following that, the actions taken by Captain McLean were the correct actions and that the towline at the socket should not have broken and it broke only because it was a faulty socket which the Defendant, F. M. Yorke & Son Limited, knew or should have known was likely to occur or by contract impliedly warranted would not happen. (cf *McKenzie Barge & Derrick Co. Ltd.* v. *Rivtow Marine Ltd.* (1968), 2 D.L.R. 505.)

In either event, the Defendant, F. M. Yorke & Son Limited is liable to the Plaintiffs for the damages that resulted.

He held Wire Rope not liable in the matter and ordered judgment against Yorke in favour of Straits and B.C. Marine and directed a reference as to damages. The plaintiffs were given costs against Yorke and the actions against Wire Rope were dismissed with costs.

In the Court of Appeal, Pratte, Ryan and Smith JJ.A., Ryan J.A. speaking for the Court, allowed the appeal of Yorke against the judgment in favour of B.C. Marine and dismissed Yorke's appeal against the judgment in favour of Straits. It also ordered that Yorke should succeed in its third party claim against Wire Rope and allowed the appeal by B.C. Marine and Straits against Wire Rope. The effect of this judgment was to render Yorke liable to the plaintiff Straits for the loss of the barge and give Yorke a right of indemnity

l'action de nombreuses forces orientées dans diverses directions au moment de sa rupture. En conséquence, il est difficile de déterminer avec précision la diminution de sa résistance et de sa ductilité.

Concernant la position de Yorke dans cette affaire, il poursuit:

En arrivant à la conclusion à laquelle j'aboutis, j'estime que, ou bien d'une part la défenderesse F.M. Yorke & Son Limited, par l'intermédiaire de ses préposés dont juridiquement le second Tobiasen fait partie, peut avoir, par des manœuvres inappropriées, mis le remorqueur dans la situation où il se trouvait près des rochers à l'extrémité sud-ouest de la passe Kyuquot de sorte que, même avec d'habiles manœuvres, on n'aurait pu le sortir de cette situation difficile sans briser le câble; ou bien d'autre part, il se peut que la défenderesse F. M. Yorke & Son Limited, par l'intermédiaire de ses préposés, ait, au moment décisif, mis le remorqueur dans une position où, vu l'heure et l'état de la mer, il n'était pas déraisonnable de le placer et qu'après quoi, le capitaine McLean a pris les mesures qui s'imposaient, que le câble n'aurait pas dû se briser à l'attache et qu'il s'est brisé uniquement parce que l'attache était défectueuse; la défenderesse F.M. Yorke & Son Limited savait ou devait savoir que cet incident pouvait se produire ou bien elle avait implicitement promis par contrat que cela ne se produirait pas. (Voir *McKenzie Barge & Derrick Co. Ltd.* c. *Rivtow Marine Ltd.* (1968), 2 D.L.R. 505).

Dans les deux cas, la défenderesse F.M. Yorke & Son Limited est responsable des dommages occasionnés aux demanderesses.

Il a conclu que Wire Rope n'était pas responsable à cet égard, et il a rendu jugement contre Yorke en faveur de Straits et B.C. Marine et ordonné un renvoi pour l'évaluation des dommages. Il a ordonné à Yorke de payer les frais d'action aux demanderesses et il a rejeté les actions contre Wire Rope avec dépens.

En Cour d'appel formée des juges Pratte, Ryan et Smith, le juge Ryan s'exprimant au nom de la Cour a accueilli l'appel de Yorke contre le jugement rendu en faveur de B.C. Marine et rejeté l'appel de Yorke contre le jugement rendu en faveur de Straits. La Cour a en outre accueilli la demande d'indemnisation de Yorke contre la tierce partie Wire Rope et a accueilli l'appel de B.C. Marine et de Straits contre Wire Rope. Par cet arrêt, la Cour a tenu Yorke responsable envers la demanderesse Straits de la perte du chaland et a

against Wire Rope. It also gave judgment against Wire Rope for the loss to the plaintiffs B.C. Marine and Straits.

These appeals were taken by leave granted on June 29, 1978. The appellant Wire Rope asks that both of its appeals be allowed with costs and that the judgment at trial be restored. B.C. Marine and Straits seek the dismissal of the appeals of Wire Rope and Yorke against the Federal Court of Appeal's judgment in their favour. B.C. Marine, as owner of the lost barge, also seeks a reversal of the Court of Appeal's dismissal of the action against Yorke. Yorke asks that its cross-appeal from the judgment against it in favour of Straits be allowed and that the action be dismissed. Alternatively, if the cross-appeal is not allowed Yorke seeks an order for indemnification against Wire Rope for any damages and costs for which it may be held liable.

The hearing of the appeals commenced in this Court on March 11, 1980. On March 12 during argument the Court raised the question of jurisdiction of the Federal Court Trial Division to entertain Yorke's action for indemnity against Wire Rope. This point had not been raised before. Counsel were referred to the judgment of this Court in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited and Foundation Company of Canada Limited*[2]. The hearing was adjourned to give time for counsel to consider the position in the light of the *Fuller* case and to submit new factums on the question of jurisdiction so that it could be argued in full. On April 23, 1980, counsel having filed new factums, argument resumed. The hearing was completed and judgment reserved. I will deal firstly with jurisdiction.

The question of jurisdiction of the Federal Court has been raised and considered in several recent cases, of which the most significant for our purpose is *Tropwood A.G. and the Owners of the*

[2] [1980] 1 S.C.R. 695.

accordé à Yorke le droit de recouvrer des dommages-intérêts contre Wire Rope. La Cour a en outre rendu jugement en faveur des demanderesses B.C. Marine et Straits contre Wire Rope pour la perte du chaland.

Ces pourvois ont été autorisés le 29 juin 1978. L'appelante Wire Rope demande à la Cour d'accueillir ses deux pourvois avec dépens et de rétablir le jugement de première instance. B.C. Marine et Straits demandent le rejet des pourvois de Wire Rope et de Yorke formés contre l'arrêt que la Cour d'appel fédérale a rendu en leur faveur. B.C. Marine, à titre de propriétaire du chaland perdu, demande d'infirmer le rejet, par la Cour d'appel, de l'action contre Yorke. Yorke demande d'accueillir son pourvoi incident formé contre l'arrêt prononcé contre elle en faveur de Straits, et de rejeter l'action. Advenant le rejet de son pourvoi incident, Yorke demande à la Cour d'ordonner à Wire Rope de la garantir de tous dommages-intérêts et frais qu'elle peut être tenue de payer.

L'audition de ces pourvois a débuté devant cette Cour le 11 mars 1980. Le 12 mars, au cours des plaidoiries, la Cour a soulevé la question de la compétence de la Division de première instance de la Cour fédérale d'entendre l'action de Yorke en garantie contre Wire Rope. Cette question n'avait pas été soulevée avant. La Cour a mentionné aux avocats son arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited et Foundation Company of Canada Limited*[2]. L'audience a été ajournée pour donner aux avocats le temps d'étudier la situation à la lumière de l'arrêt *Fuller* et de produire de nouveaux mémoires sur la question de compétence de sorte qu'elle puisse être plaidée à fond. Le débat a repris le 23 avril 1980, après la production des mémoires. L'audition a été complétée et la décision prise en délibéré. Je vais d'abord traiter de la question de la compétence.

La question de la compétence de la Cour fédérale a été soulevée et examinée dans plusieurs arrêts récents, parmi lesquels le plus important pour nous est *Tropwood A.G. et les propriétaires*

[2] [1980] 1 R.C.S. 695.

Vessel Tropwood v. Sivaco Wire & Nail Company and Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.[3] At no time in these proceedings has it been contended that the Federal Court did not have jurisdiction to deal with the claims made by the plaintiffs B.C. Marine & Straits against Yorke. It is clear that these claims, arising out of a marine accident concerning rights and liabilities under a barge charter and a contract of towage and the exercise of due diligence in connection therewith, come within the ambit of Canadian maritime law as described in s. 2 of the *Federal Court Act*. The jurisdictional question arises, however, because of the claims against Wire Rope which allege a breach of contract and negligence in the resocketing of the main towing cable. The issue then is, do such claims fall within the jurisdiction of the Federal Court, or are they governed by provincial law and therefore come within the jurisdiction of the Supreme Court of British Columbia?

In *Tropwood* it was held, following earlier decisions in this Court in *Quebec North Shore Paper Company et al. v. Canadian Pacific Limited, et al.*[4] and *McNamara Construction (Western) Limited et al. v. The Queen*[5], that to give the Federal Court jurisdiction there must be a body of applicable federal law upon which that jurisdiction might operate. Such was not the case in *Quebec North Shore,* nor in *McNamara,* and accordingly jurisdiction in respect of the issues arising in those cases rested not in the Federal Court but in the Superior Courts of the provinces. However, in *Tropwood*, it was held that there exists a body of federal law described as Canadian maritime law in the *Federal Court Act* over which the Federal Court has jurisdiction, that it was within Parliament's legislative competence under s. 91.10 of the *British North America Act*, and that certain of the paragraphs of s. 22(2) of the *Federal Court Act* gave specific jurisdiction to the Federal Court. Laskin C.J.C., speaking for the Court, said at p. 163:

[3] [1979] 2 S.C.R. 157.
[4] [1977] 2 S.C.R. 1054.
[5] [1977] 2 S.C.R. 654.

du navire Tropwood c. Sivaco Wire & Nail Company et Atlantic Lines & Navigation Company, Inc.[3] On n'a jamais soutenu dans l'espèce que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour entendre les réclamations des demanderesses B.C. Marine et Straits contre Yorke. Il est évident que ces réclamations, résultant d'un sinistre maritime, soulevant les droits et les obligations en vertu de l'affrètement d'un chaland et d'un contrat de touage et l'exercice de la diligence raisonnable dans les circonstances, relèvent du droit maritime canadien tel que le définit l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La question de la compétence se pose cependant du fait que les réclamations contre Wire Rope invoquent l'inexécution d'un contrat et la négligence lors du remboîtement du câble de remorquage principal. Il s'agit donc de savoir si ces réclamations ressortissent à la Cour fédérale, ou si elles sont régies par le droit provincial et ressortissent par conséquent à la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

Suivant ses arrêts antérieurs *Quebec North Shore Paper Company et autre c. Canadien Pacifique Limitée et autre*[4], et *McNamara Construction (Western) Limited et autre c. La Reine*[5], cette Cour a décidé dans l'arrêt *Tropwood* que pour attribuer la compétence à la Cour fédérale, il doit exister un droit fédéral applicable qui en permette l'exercice. Ce n'était pas le cas dans *Quebec North Shore*, ni dans *McNamara*, et par conséquent ce n'est pas la Cour fédérale mais les cours supérieures des provinces qui avaient compétence sur les questions soulevées dans ces affaires. Cependant, dans *Tropwood*, la Cour a conclu qu'il existe un droit fédéral, soit le droit maritime canadien décrit dans la *Loi sur la Cour fédérale*, sur lequel la Cour fédérale a compétence, que ce droit relève de la compétence législative du Parlement aux termes du par. 91.10 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et que certains alinéas du par. 22(2) de la *Loi sur la Cour fédérale* attribuent une compétence particulière à la Cour fédérale. Au nom de la Cour, le juge en chef Laskin écrit à la p. 163:

[3] [1979] 2 R.C.S. 157.
[4] [1977] 2 R.C.S. 1054.
[5] [1977] 2 R.C.S. 654.

I come, therefore, to the *Federal Court Act*. I have already quoted s. 22(1) and I refer to the words "Canadian maritime law" therein, words which are defined in s. 2 of the Act as follows:

> "Canadian maritime law" means the law that was administered by the Exchequer Court of Canada on its Admiralty side by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute, or that would have been so administered if that Court had had, on its Admiralty side, unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters, as that law has been altered by this or any other Act of the Parliament of Canada;

This definition is supplemented by s. 42 of the *Federal Court Act*, reading as follows:

> Canadian maritime law as it was immediately before the first day of June, 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this or any other Act.

This definition of Canadian maritime law in s. 2 refers to the law that was administered by the Exchequer Court "by virtue of the *Admiralty Act* or any other statute". The reference to the *Admiralty Act* is undoubtedly to the Act of 1934, but the *Admiralty Act* of 1891, although it was repealed, may certainly be considered as "any other statute" by virtue of which law was administered by the Exchequer Court on its admiralty side. If therefore there was a deficient incorporation of admiralty law by the Act of 1934, the same cannot be said of the Act of 1891.

He went on to pose two further questions in these terms:

> Two questions, therefore, remain. The first is whether a claim of the kind made here was within the scope of admiralty law as it was incorporated into the law of Canada in 1891. If so, the second question is whether such a claim fell within the scope of federal power in relation to navigation and shipping.

He held that the claim made in *Tropwood*, "damage to incoming cargo", had been brought into the admiralty jurisdiction of the Exchequer Court of Canada by *The Admiralty Act, 1891*, 1891 (Can.), c. 29, and that as a result such a claim, pursuant to s. 2 of the *Federal Court Act*, would be subject to Canadian maritime law under the jurisdiction of the Federal Court of Canada pursuant to s. 22(1) and certain paragraphs of s. 22(2) of the said Act. He held as well that the claim

J'en viens donc à la *Loi sur la Cour fédérale*. J'ai déjà cité le par. 22(1) et je m'arrête à l'expression «droit maritime canadien» qu'on trouve ainsi définie à l'art. 2:

> «droit maritime canadien» désigne le droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier du Canada, en sa juridiction d'amirauté, en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi, ou qui en aurait relevé si cette Cour avait eu, en sa juridiction d'amirauté, compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté, compte tenu des modifications apportées à ce droit par la présente loi ou par toute autre loi du Parlement du Canada;

Cette définition est complétée par l'art. 42 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

> Le droit maritime canadien existant immédiatement avant le 1er juin 1971 reste en vigueur sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées par la présente loi ou toute autre loi.

Cette définition du droit maritime canadien à l'art. 2 renvoie au droit dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier «en vertu de la *Loi sur l'Amirauté* ou de quelque autre loi». Le renvoi à la *Loi sur l'Amirauté* vise manifestement la Loi de 1934, mais, malgré son abrogation, on peut certainement considérer l'*Acte de l'Amirauté* de 1891 comme «quelque autre loi» dont l'application relevait de la Cour de l'Échiquier, en sa juridiction d'amirauté. Donc, si la Loi de 1934 n'incorporait pas complètement le droit maritime, on ne peut en dire autant de la Loi de 1891.

Il poursuit en posant les deux autres questions suivantes:

> Il reste donc deux questions. La première est celle de savoir si une réclamation comme celle faite en l'espèce relève du droit maritime tel qu'il a été incorporé au droit du Canada en 1891. Dans l'affirmative, la deuxième question est de savoir si cette réclamation relève de la compétence fédérale en matière de navigation et d'expéditions par eau.

Il conclut que dans *Tropwood*, la réclamation pour «dommages causés à une cargaison reçue» est entrée dans la compétence de la Cour de l'Échiquier du Canada en matière de droit maritime en vertu de l'*Acte de l'Amirauté, 1891*, 1891 (Can.), chap. 29, et que par conséquent, cette réclamation, vu l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, relève du droit maritime canadien qui est du ressort de la Cour fédérale du Canada en application du par. 22(1) et de certains alinéas du par. 22(2) de cette

would also fall under federal legislative competence under s. 91.10 of the *British North America Act*.

Turning to the case at bar, the claim against Wire Rope by Yorke alleges negligence in the resocketing of the main towing cable pursuant to a contract made regarding such work, and claims an indemnity for loss caused by a breach of that contract. The claim by B.C. Marine and Straits involves negligence in the resocketing operation which resulted in their loss. It will be observed that the root of both claims lies in the work done by Wire Rope in resocketing the cable and that the cable was part of the equipment of the tug *Lorne Yorke*, a seagoing vessel which was involved in the marine accident that gave rise to this action. That such a claim formed part of admiralty law which was incorporated into Canadian law by the Canadian *Admiralty Act* of 1891 seems clear. That Act constituted the Exchequer Court of Canada a Colonial Court of Admiralty, conferring on it all the jurisdiction given in that Act pursuant to the British *Colonial Courts of Admiralty Act, 1890*, 1890 (U.K.), c. 27. The jurisdiction of the British High Court of Admiralty was therefore vested in the Exchequer Court of Canada. That jurisdiction was formed, in part, by another English Act, *An Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England*, 1840 (U.K.), c. 65. Section 6 of that last-named Act provided:

VI. And be it enacted, That the High Court of Admiralty shall have Jurisdiction to decide all Claims and Demands whatsoever in the Nature of Salvage for Services rendered to or Damage received by any Ship or Sea-going Vessel, or in the Nature of Towage, or for Necessaries supplied to any Foreign Ship or Sea-going Vessel, and to enforce the Payment thereof, whether such Ship or Vessel may have been within the Body of a County, or upon the High Seas, at the Time when the Services were rendered or Damage received, or Necessaries furnished, in respect of which such Claim is made.

loi. Il conclut en outre que la réclamation relève également de la compétence législative fédérale en vertu du par. 91.10 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

En l'espèce, la réclamation de Yorke contre Wire Rope allègue la négligence au cours du remboîtement du câble principal en exécution d'un contrat intervenu à l'égard de ces travaux, et prétend à une indemnisation pour la perte résultant de l'inexécution de ce contrat. La réclamation de B.C. Marine et de Straits se fonde sur la négligence dans l'opération de remboîtement à l'origine de la perte qu'elles ont subie. Il faut signaler que les deux réclamations prennent leur fondement dans les travaux de remboîtement du câble par Wire Rope et que le câble est une pièce de l'équipement du remorqueur *Lorne Yorke*, un bâtiment de mer impliqué dans le sinistre maritime qui est à l'origine de cette action. Il paraît évident que cette réclamation entre dans le droit maritime que l'*Acte de l'Amirauté* canadien de 1891 a incorporé au droit canadien. Aux termes de cette loi la Cour de l'Échiquier du Canada est devenue une cour coloniale d'amirauté, exerçant toute la compétence prévue à cette loi conformément à l'*Acte des Cours coloniales d'Amirauté* anglais de 1890, 1890 (R.-U.), chap. 27. La Cour de l'Échiquier du Canada a donc été investie de la compétence de la Haute Cour d'Amirauté anglaise. Cette compétence vient, en partie, d'une autre loi anglaise intitulée *An Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England*, 1840 (R.-U.), chap. 65. L'article 6 de cette loi se lisait comme suit:

[TRADUCTION] VI. Et qu'il soit édicté, Que la Haute Cour d'Amirauté a compétence pour décider toute réclamation et toute demande quelle qu'elle soit ayant trait aux indemnités pour sauvetage, pour services rendus, ou pour dommages subis par tout navire ou bâtiment de mer, ou pour le touage, pour les biens fournis à tout navire étranger ou à tout bâtiment de mer, et pour en exécuter le paiement, que ce navire ou bâtiment se soit trouvé dans les eaux territoriales ou en haute-mer à l'époque où les services, les dommages ou les biens sur lesquels porte la réclamation ont été rendus, subis ou fournis.

It is my opinion that this section is sufficiently broad to comprehend the claims made against Wire Rope in the case at bar.

The Canadian *Admiralty Act* of 1891 provided in sections 3 and 4:

3. In pursuance of the powers given by "*The Colonial Courts of Admiralty Act*, 1890", aforesaid, or otherwise in any manner vested in the Parliament of Canada, it is enacted and declared that the Exchequer Court of Canada is and shall be, within Canada, a Colonial Court of Admiralty, and as a Court of Admiralty shall, within Canada, have and exercise all the jurisdiction, powers and authority conferred by the said Act and by this Act.

4. Such jurisdiction, powers and authority shall be exercisable and exercised by the Exchequer Court throughout Canada, and the waters thereof, whether tidal or non-tidal, or naturally navigable or artificially made so, and all persons shall, as well in such parts of Canada as have heretofore been beyond the reach of the process of any Vice-Admiralty court, as elsewhere therein, have all rights and remedies in all matters, (including cases of contract and tort and proceedings *in rem* and *in personam*), arising out of or connected with navigation, shipping, trade or commerce, which may be had or enforced in any Colonial Court of Admiralty under "*The Colonial Courts of Admiralty Act*, 1890."

This jurisdiction was carried forward by *The Admiralty Act, 1934*, 1934 (Can.), c. 31, and passed into the purview of the Federal Court by the *Federal Court Act* in its definition of maritime law in s. 2 and by the terms of s. 42 of that Act.

42. Canadian maritime law as it was immediately before the 1st day of June 1971 continues subject to such changes therein as may be made by this or any other Act.

Section 22(1) gives a general statement of jurisdiction, and s. 22(2)(*m*) and (*n*) reproduced hereunder are apt to cover the claims in question here and in part are a restatement of the jurisdiction of the British Admiralty Courts contained in s. 6 of the 1840 Statute cited above:

(*m*) any claim in respect of goods, materials or services wherever supplied to a ship for her operation or maintenance including, without restricting the gener-

Je suis d'avis que cet article est suffisamment large pour inclure les réclamations contre Wire Rope en l'espèce.

Les articles 3 et 4 de l'*Acte de l'Amirauté*, canadien de 1891 se lisent comme suit:

3. En conformité des pouvoirs conférés par l'*Acte des Cours coloniales d'Amirauté*, 1890, susdit, ou de toute autre manière attribués au parlement du Canada, il est décrété et déclaré que la cour de l'Échiquier du Canada est et sera, dans les limites du Canada, une cour coloniale d'Amirauté, et, comme cour d'Amirauté, aura et exercera en Canada toute la juridiction, les pouvoirs et l'autorité conférés par le dit acte et le présent acte.

4. Cette juridiction, ces pouvoirs et cette autorité pourront être et seront exercés par la cour de l'Échiquier dans tout le Canada et sur toutes ses eaux, soit de marée ou non, et soit naturellement navigables ou rendues artificiellement navigables; et toutes personnes auront, tant dans les parties du Canada qui jusqu'ici ont été au delà de l'atteinte des mandats de toute cour de Vice-Amirauté, qu'ailleurs dans ses limites, tous les droits et recours en toutes choses (y compris les cas de contrat et de tort et de procédures *in rem* et *in personam*) provenant de la navigation, de la marine, du trafic ou du commerce, ou s'y rattachant, qui peuvent être exercés dans toute cour coloniale d'Amirauté en vertu de l'«*Acte des Cours coloniales d'Amirauté*, 1890.»

Cette compétence a été reportée par la *Loi d'amirauté, 1934*, 1934 (Can.), chap. 31 et est entrée dans le ressort de la Cour fédérale par la *Loi sur la Cour fédérale* dans la définition qu'elle donne du droit maritime à l'art. 2 et par l'art. 42 de cette loi.

42. Le droit maritime canadien existant immédiatement avant le 1er juin 1971 reste en vigueur sous réserve des modifications qui peuvent y être apportées par la présente loi ou toute autre loi.

Le paragraphe 22(1) donne un énoncé général de la compétence, et les al. 22(2)*m*) et *n*) ci-dessous suffisent à englober les réclamations dont il est question en l'espèce et sont, en partie, une reformulation de la compétence des cours d'amirauté anglaises prévue à l'art. 6 précité de la Loi de 1840:

m) toute demande relative à des marchandises, fournitures ou services fournis à un navire, où que ce soit, pour son exploitation ou son entretien, et notamment,

ality of the foregoing, claims in respect of stevedoring and lighterage;

(*n*) any claim arising out of a contract relating to the construction, repair or equipping of a ship;

I am therefore of the view that the claims made against Wire Rope come within Canadian maritime law as defined in the *Federal Court Act*. There can be no doubt in my mind that the substantive law relating to these claims falls within federal legislative competence under s. 91.10 of the *British North America Act*, being in relation to navigation and shipping. There is therefore law of Canada relating to the issues arising in this case upon which the jurisdiction of the Federal Court may operate. In my opinion, it is of no significance that the claim made by Yorke is a claim for indemnity. Claims for indemnity and third party actions, generally, are not mere incidents to the principal action. They are independent actions which stand upon their own feet. On this point I refer to the *Fuller* case, *supra*, where Pigeon J. referred to *Bank of Montreal v. Royal Bank of Canada*[6], at pp. 315-6, where Duff C.J.C. said:

... The Supreme Court of Ontario has jurisdiction, by virtue of the statutes and rules by which it is governed, to entertain and dispose of claims in what are known as third party proceedings. Claims for indemnity, for example, from a third party, by a defendant in respect of the claim in the principal action against him, can be preferred and dealt with in the principal action. But there can be no doubt that the proceeding against the third party is a substantive proceeding and not a mere incident of the principal action.

The *Fuller* case, in my view, is distinguishable. In that case Foundation Company of Canada, Ltd., a building contractor, brought action against the Crown for a breach of contract relating to damage caused by blasting operations which had been performed by another contractor, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited. There was no doubt that the Crown had been properly impleaded in the Federal Court which had full jurisdiction to hear the plaintiff's claim against the

[6] [1933] S.C.R. 311.

sans restreindre la portée générale de ce qui précède, les demandes relatives à l'aconage ou gabarage;

n) toute demande née d'un contrat relatif à la construction, à la réparation ou à l'équipement d'un navire;

Je suis par conséquent d'avis que les réclamations contre Wire Rope relèvent du droit maritime canadien défini à la *Loi sur la Cour fédérale*. Je suis convaincu que le droit positif concernant ces réclamations relève du pouvoir législatif fédéral aux termes du par. 91.10 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* puisqu'elles se rapportent à la navigation et aux bâtiments ou navires. Il existe par conséquent un droit canadien se rapportant aux questions soulevées en l'espèce sur lequel la Cour fédéral exerce sa compétence. A mon avis, il n'est pas important que la réclamation de Yorke soit un recours en garantie. En général, les recours en garantie et les actions contre un tiers ne sont pas de simples incidents de l'action principale. Ce sont des actions indépendantes et complètes en elles-mêmes. Sur ce point, je m'en rapporte à l'arrêt *Fuller* précité, où le juge Pigeon cite l'arrêt *Banque de Montréal c. Banque Royale du Canada*[6], aux pp. 315 et 316 où le juge en chef Duff affirme:

[TRADUCTION] ... La Cour suprême de l'Ontario est compétente, en vertu des lois et des règles qui la régissent, pour connaître et juger de demandes présentées au moyen de procédures dites de mise en cause. Les demandes d'indemnisation que, par exemple, un défendeur présente contre un tiers, relativement à la réclamation dont il fait l'objet dans l'action principale peuvent être présentées et jugées dans l'action principale. Mais il n'y a aucun doute que la procédure contre le tiers est une nouvelle instance et non un simple incident de l'action principale.

A mon avis, l'affaire *Fuller* se distingue de la présente. Dans cette affaire, Foundation Company of Canada, Ltd., un entrepreneur en construction, a intenté contre Sa Majesté une action pour inexécution de contrat concernant des dommages causés par des opérations de dynamitage exécutées par un autre entrepreneur, Thomas Fuller Construction Co. (1958) Limited. Il ne fait aucun doute que Sa Majesté a été régulièrement poursuivie en Cour fédérale qui avait toute compétence pour connaître

[6] [1933] R.C.S. 311.

Crown. The Crown then issued a third party notice claiming indemnity against the Fuller company. In so doing, it relied specifically upon the law of Ontario to support a claim based on negligence. This Court held, as did the Federal Court of Appeal and the Trial Division, that there was no law of Canada to support the jurisdiction of the Court in respect of that particular third party claim. In this respect, the case differs from the case at bar, lacking the essential element of a law of Canada to feed the jurisdiction of the Federal Court. I am satisfied that the Federal Court had jurisdiction to entertain not only the claims made by B.C. Marine and Straits against Yorke, but also the third party claims made by Yorke against Wire Rope and the direct claims made by B.C. Marine and Straits.

I now turn to the question of the liability of Wire Rope in this matter. It will be seen at once that the only connection Wire Rope had with the matters raised in these proceedings resulted from the resocketing which was done for Yorke on October 13, 1967. Whether the claims against Wire Rope sound in contract or tort, and whether they are for direct relief or indemnity, the basis for any liability upon Wire Rope must remain the same. For success against Wire Rope it must be shown that its work on the socket caused or contributed to its failure, leading to the loss of the barge. For this reason the socketing operation must be examined.

On October 13, 1967 two workmen employed by Wire Rope came to the premises of Yorke to do some resocketing at the request of Yorke. Mr. J. C. Yahemech, marine superintendent for Yorke, gave them three or four socketed towlines, the precise number is not clear, and instructed them to remove the sockets and resocket the lines using the same sockets which were then on the lines. One of the lines involved was the line which failed in this accident. Mr. Yahemech left them to their task. He returned some hours later when the job was nearly completed. The whole operation took six hours. The cost to Yorke was in the neighbourhood

de la réclamation de la demanderesse contre Sa Majesté. Sa Majesté a alors produit un «avis à la tierce partie» réclamant une indemnisation de la société Fuller. Elle alléguait alors une loi de l'Ontario pour appuyer une réclamation fondée sur une négligence. Suivant la décision de la Cour d'appel fédérale et de la Division de première instance, cette Cour a décidé qu'aucune loi du Canada ne donnait compétence à la Cour pour connaître de cette demande à la tierce partie. A cet égard, cette affaire diffère de la présente espèce puisqu'il manquait un élément essentiel, soit une loi du Canada qui attribue compétence à la Cour fédérale. Je suis convaincu que la Cour fédérale a compétence pour connaître non seulement des réclamations de B.C. Marine et Straits contre Yorke, mais aussi des réclamations de Yorke contre la tierce partie Wire Rope et des réclamations directes de B.C. Marine et Straits.

J'en viens maintenant à la question de la responsabilité de Wire Rope dans cette affaire. On voit tout de suite que le seul lien qu'a Wire Rope avec les questions soulevées dans ces poursuites vient du remboîtement de l'attache qu'elle a effectué pour le compte de Yorke le 13 octobre 1967. Que les réclamations contre Wire Rope semblent découler d'un contrat ou d'un délit, ou qu'il s'agisse de redressement direct ou d'indemnisation, le fondement de la responsabilité de Wire Rope doit rester le même. Pour réussir contre Wire Rope, il faut établir que les travaux qu'elle a effectués sur l'attache ont causé sa rupture ou y ont contribué, d'où la perte du chaland. C'est pourquoi il faut examiner l'opération d'emboîtement.

Le 13 octobre 1967, deux employés de Wire Rope sont venus chez Yorke pour remboîter des câbles à la demande de Yorke. M. J. C. Yahemech, capitaine d'armement pour Yorke, leur a présenté trois ou quatre câbles munis d'attaches, le nombre précis n'est pas certain, et leur a ordonné d'enlever les attaches et de remboîter les câbles en utilisant les mêmes attaches. Parmi ces câbles se trouvait celui qui s'est rompu dans l'accident en cause. M. Yahemech a laissé les hommes à leur tâche et est revenu quelques heures plus tard alors que le travail était presque achevé. L'opération totale a duré six heures et a coûté à Yorke environ

of ninety dollars. When it was completed the cables, including the one used to tow the *Westport Straits* on the occasion of its loss, were left in the possession of Yorke and Wire Rope had no further part in the matter.

It was alleged that Wire Rope, for a period of something in excess of three years, had done all the resocketing for Yorke. This was not denied and both the trial judge and the Court of Appeal accepted this fact and spoke of an indefinite number of resocketings. It may be observed at this point that the only negligent resocketing alleged against Wire Rope was that of October 13, 1967 and, whatever the evidence of previous resocketings may have been in general terms, there was no evidence of any indefinite number of resocketings of this particular socket. The significance of this fact will be dealt with later.

A review of the evidence of certain of the expert metallurgists who were called by the various parties must now be made. Mr. Ian Heslop, a consulting engineer called by B.C. Marine and Straits, who has specialized in metallurgical engineering, served as a senior metallurgical engineer in industry, and has been called as an expert witness on metallurgical matters in many courts, gave evidence of having examined the socket. He found it to have numerous casting defects (shrinkage cavities and blow-holes); a brittle microstructure, whereas properly treated material would be tough and ductile; and considerable wear. He gave his opinion that the brittleness was the most significant cause of the failure, making the socket likely to fail under "shock, impact or bending loads of relatively small magnitude". He felt that the socket had been heated above 650° F. and that this had rendered the metal weak and brittle and that this was the result of resocketing. He said that this particular metal should stretch before failing and it had not done so in this accident because of its brittleness. In his view, properly treated material would have a higher breaking point and cumulative damage would result from continued reheatings without proper reheat and quenching treatment.

Another expert, called by Wire Rope, James Pearce McCulloch, a professional engineer with

quatre-vingt dix dollars. Une fois l'opération achevée, Yorke a conservé les câbles, y compris celui qui a servi à remorquer le *Westport Straits* lorsqu'il s'est perdu, et Wire Rope n'a plus joué aucun rôle dans cette affaire.

On a affirmé que, depuis plus de trois ans, Wire Rope avait fait tous les travaux de remboîtement pour Yorke. Cela n'a pas été nié, et le juge de première instance et la Cour d'appel ont admis ce fait et ont parlé d'un nombre indéfini de remboîtements. Il faut remarquer ici que la seule opération de remboîtement négligente alléguée contre Wire Rope est celle du 13 octobre 1967 et, quelle que soit la preuve générale des remboîtements antérieurs, il n'y a aucune preuve d'un nombre indéfini de remboîtements de cette attache précise. Je reviendrai plus loin sur l'importance de ce fait.

Il faut maintenant examiner le témoignage de certains des métallurgistes experts que les diverses parties ont cités. M. Ian Heslop, un ingénieur-conseil cité par B.C. Marine et Straits, spécialiste en génie métallurgique, qui a été au service de sociétés industrielles à titre d'ingénieur métallurgiste principal et qui a été cité comme témoin expert en matière de métallurgie devant plusieurs tribunaux, a affirmé avoir examiné l'attache. Il y a trouvé de nombreux défauts de coulage (grumelures et soufflures), une microstructure fragile, alors qu'un métal traité convenablement serait résistant et ductile, et beaucoup d'usure. A son avis, la fragilité était la principale cause de sa rupture, puisqu'elle rendait l'attache susceptible de se briser [TRADUCTION] «sous une secousse, un impact ou une charge de flexion relativement faible». Il estime que l'attache a été chauffée à 650 °F, ce qui a rendu le métal faible et cassant, et que cela résulte du remboîtement. Il affirme que ce métal particulier doit s'étirer avant de se rompre et que, à cause de sa fragilité, il ne l'a pas fait lors de l'accident. A son avis, un métal traité convenablement aurait une plus grande résistance, et le fait de chauffer le métal de façon soutenue sans le chauffer et le tremper comme il faut produit des dommages cumulatifs.

Wire Rope a cité un autre expert, James Pearce McCulloch, un ingénieur de carrière expert en

high qualifications in metallurgical engineering and with broad experience in that field, gave evidence of various tests which he had made and experiments he had performed on manganese steel in an effort to determine the cause of the failure of the socket in question.

In one experiment Mr. McCulloch fractured a manganese steel socket which had been resocketed numerous times and found a smoother fracture, with only minor porosity, than that found in the failed socket. He then heated the test socket to 900° F. and maintained it at that temperature for one and one-half hours. He had already performed tests from which he concluded that a resocketing operation would take about sixteen minutes—other evidence put the time at twenty to twenty-five minutes. The time and temperature exposure of the socket in this test was therefore substantially greater than in a resocketing. He found again a smoother fracture than that found in the failed socket and concluded that even severe heating would not produce the rough, porous, surface found in the failed socket which, he considered, had been the cause of the failure.

In yet a further test, he heated a manganese steel socket to 1,950° F. for one-half hour with water quenching, leading to the production of a sample of manganese steel of as high a quality as commercially possible. He heated one sample of this steel to 800° F. for an hour, another to 900° F. for one and one-half hours, and another to 1,000° F. for one and one-half hours. He then took micro-photographs of each. He found the more severe the heating the more carbide precipitation appeared, but it was of a different type than that found in the failed socket. Finally, he took another sample of steel and heated it to 1,550° F. for two hours. This temperature was too low for proper heat treating in the production of manganese steel. This steel, on cooling, produced a micro-structure similar to that in the failed socket. From this and other tests, Mr. McCulloch concluded that the embrittlement found in the failed socket was the result not of resocketing but of improper heat treatment at the time of manufacture. Other expert witnesses were called, among them one T.

génie métallurgique et possédant une vaste expérience du domaine, qui a témoigné des divers tests qu'il a effectués et des expériences qu'il a faites sur l'acier au manganèse afin d'établir la cause de la rupture de l'attache en question.

Dans une expérience, M. McCulloch a brisé une attache d'acier au manganèse qui avait été remboîtée à plusieurs reprises et il a trouvé une fracture plus lisse que celle qu'il a trouvée sur l'attache qui s'est rompue, et n'ayant qu'une faible porosité. Il a alors chauffé l'attache témoin à 900 °F, température qu'il a maintenue pendant une heure et demie. Il avait déjà effectué des tests d'où il avait conclu qu'une opération de remboîtement prend environ seize minutes—d'autres témoignages indiquent vingt à vingt-cinq minutes. Dans ce test, la température et la durée d'exposition étaient par conséquent considérablement plus grandes qu'au cours d'une opération de remboîtement. Il a encore une fois constaté une fracture plus lisse que celle trouvée dans l'attache rompue et il a conclu que même un chauffage à haute température ne pouvait produire la surface rugueuse, poreuse, constatée dans l'attache rompue qui, à son avis, était la cause de la rupture.

Dans un autre essai, il a chauffé une attache d'acier au manganèse à 1,950 °F pendant une demi-heure et l'a trempée dans l'eau, produisant un échantillon d'acier au manganèse dont la qualité se rapprochait autant que possible de celui trouvé dans le commerce. Il a chauffé un échantillon de cet acier à 800 °F pendant une heure, un autre à 900 °F pendant une heure et demie et un autre à 1,000 °F pendant une heure et demie. Il a alors pris des microphotographies de chaque échantillon. Il a constaté que plus la température de chauffage était élevée, plus il y avait de précipitation de carbures, mais d'un type différent de celle trouvée dans l'attache rompue. Finalement, il a chauffé un autre échantillon d'acier à 1,550 °F pendant deux heures. Cette température était plus faible que celle nécessaire à la production d'acier au manganèse. Cet acier, en se refroidissant, a donné une microstructure similaire à celle trouvée dans l'attache rompue. A partir de cet essai et d'autres essais, M. McCullloch a conclu que la fragilité de l'attache rompue ne provenait pas du

H. Williams who generally reached conclusions similar to that of McCulloch. The most helpful evidence, in my view, was that of Heslop and McCulloch.

Upon this and other evidence the trial judge seems to have concluded that the socket had become embrittled and that the embrittlement caused it to fail. He concluded as well that the socketing operation of October 13, 1967 had not caused the defect. His words on this point have been reproduced above.

In the Court of Appeal Ryan J., speaking for the Court and holding that Wire Rope was liable, said:

> I am satisfied that the loss of the barge was caused by the breaking of the defective socket, and that the break was caused by the brittleness of the socket. I also accept the trial judge's finding that the brittleness, to the extent there was brittleness, was caused by the various re-socketings to which the socket had been subjected. He also found that there had been an indefinite number of resocketings.

and later:

> I am of opinion that Wire Rope was in breach of its contract with F. M. Yorke. The trial judge found, and I, of course, accept his finding, that Wire Rope, through its servants, did not, by the re-socketing on October 13, 1967, cause the socket to become embrittled to any significant extent.

As is evident from a review of the expert evidence very briefly summarized above, there was evidence upon which the trial judge could find, as he did, that the resocketing on October 13, 1967 did not significantly embrittle the socket and cause its failure. The Court of Appeal accepted this finding and I am of the opinion that it should remain undisturbed. Both the trial judge and the Court of Appeal, however, seem to have been of the opinion that the socket failed because it had been rendered defective as a result of an indefinite number of past resocketings. Leaving aside the fact that the only occasion of resocketing pleaded against Wire Rope was that of October 13, 1967, I am of the opinion that any finding of fact that the defect in the socket was the result of an indefinite number of past resocketings cannot be sustained

remboîtement mais d'un chauffage inadéquat au moment de la fabrication. D'autres témoins experts ont été cités, dont M. T. H. Williams, qui est parvenu à des conclusions en général similaires à celles de M. McCulloch. Les témoignages les plus utiles, à mon avis, sont ceux de M. Heslop et de M. McCulloch.

A partir de ces témoignages, le juge de première instance semble avoir conclu que l'attache est devenue cassante et que cette fragilité a causé sa rupture. Il a conclu en outre que ce défaut n'est pas dû à l'opération d'emboîtement du 13 octobre 1967. J'ai déjà cité son avis à ce sujet.

En Cour d'appel, le juge Ryan, qui a rendu l'arrêt au nom de la Cour et qui a retenu la responsabilité de Wire Rope, affirme:

> Je suis convaincu que la perte du chaland a été causée par la rupture de l'attache défectueuse, rupture causée par la fragilité de ladite attache. Je suis d'accord également avec le juge de première instance lorsqu'il conclut que cette fragilité, si fragilité il y avait, était causée par les diverses réparations subies par l'attache. Je conclus aussi que le nombre de réparations effectuées est indéterminé.

et plus loin:

> A mon avis, Wire Rope a manqué aux obligations du contrat conclu avec F. M. Yorke. Le juge de première instance a conclu, et je souscris certes à sa conclusion, que Wire Rope, en la personne de ses préposés, n'avait pas, par la réparation du 13 octobre 1967, augmenté la fragilité de l'attache de façon appréciable.

Comme l'indique clairement l'examen des témoignages d'experts résumés brièvement ci-dessus, la preuve permettait au juge de première instance de conclure, comme il l'a fait, que le remboîtement effectué le 13 octobre 1967 n'a pas affaibli l'attache de manière sensible ni causé sa rupture. La Cour d'appel a accepté cette conclusion, et je suis d'avis de ne pas la modifier. Cependant, le juge de première instance et la Cour d'appel semblent d'avis que l'attache s'est rompue parce qu'elle est devenue défectueuse du fait d'un nombre indéfini d'opérations antérieures de remboîtement. Mis à part le fait que la seule opération de remboîtement invoquée contre Wire Rope est celle du 13 octobre 1967, je suis d'avis qu'une constatation de fait portant que le défaut inhérent à l'attache découle d'un nombre indéfini d'opéra-

for the reason that there was no evidence adduced of any such "indefinite number of past resocketings" relating to this socket. A trial judge's finding based on evidence should not be rejected by an appellate court unless he has applied some incorrect principle, or made a palpable error. A finding made without evidence, however, cannot be sustained. Yahemech, who gave the instructions for the resocketing, produced such records as he had and said a new socket had been put on the line on September 20, 1966. He said that 'new' could mean new from the factory or a used socket from the company's stock. He did not know which. If the socket had been new from the factory on September 20, 1966, then it had been socketed on that occasion and resocketed on October 13, 1967. There was no evidence of any intervening resocketing and the records produced by Mr. Yahemech, while sparse, indicated that no more had occurred. If it were new only in the sense that it came from the stock of used sockets belonging to the company, then it would have been socketed on September 20, 1966 and resocketed on October 13, 1967. Doubtless—if it had been used before—it would have been socketed at least on one previous occasion. Yorke bore the burden of proof on this issue. Put at its highest, and accepting the evidence of Yahemech, the socket was socketed once and resocketed once. It may have been socketed once and resocketed twice; and it may, as well, have been resocketed more often. The only affirmative evidence, however, discloses no more than one socketing and one resocketing. All other possible operations remain in the realm of pure speculation and provide no evidence to support such a significant finding. It should also be observed that the expert evidence indicated that damage of the sort alleged here would be cumulative as a result of repeated heating and cooling and would require more of such operations than are revealed in the evidence. The totality of the evidence on this point came from Yahemech and extracts from his evidence at trial appear below:

tions antérieures de remboîtement ne peut être retenue pour le motif que l'on n'a pas fait la preuve d'un «nombre indéfini d'opérations antérieures de remboîtement» pratiquées sur cette attache. Une cour d'appel ne doit pas rejeter une conclusion du juge de première instance appuyée sur la preuve à moins qu'il ait appliqué un principe erroné ou qu'il ait commis une erreur manifeste. Cependant, une conclusion qui ne s'appuie sur aucune preuve ne peut être retenue. Yahemech, qui a donné les directives pour le remboîtement, a produit les dossiers qu'il avait et a affirmé qu'une nouvelle attache avait été emboîtée au câble le 20 septembre 1966. Il affirme que «nouvelle» peut signifier une nouvelle attache provenant de l'usine ou une attache usagée provenant des stocks de la société. Il n'en connaît pas la provenance exacte. S'il s'agissait d'une attache neuve provenant de l'usine le 20 septembre 1966, elle avait été emboîtée à cette date et remboîtée le 13 octobre 1967. Il n'y a pas de preuve de remboîtement dans l'intervalle, et les dossiers que M. Yahemech a produits, bien que vagues, indiquent qu'il n'y en a pas eu d'autres. S'il s'agissait d'une attache neuve au sens qu'elle provenait des stocks d'attaches usagées appartenant à la société, elle aurait été emboîtée le 20 septembre 1966 et remboîtée le 13 octobre 1967. Si elle avait déjà été utilisée auparavant, elle aurait certes été emboîtée au moins une fois auparavant. Sur ce point, le fardeau de la preuve incombait à Yorke. Tout au plus, si l'on accepte le témoignage de Yahemech, l'attache a été emboîtée une fois et remboîtée deux fois. Elle peut avoir été emboîtée une fois et remboîtée deux fois; et elle peut très bien avoir été remboîtée plus souvent. Cependant, la seule preuve positive ne relève qu'un seul emboîtement et un seul remboîtement. Toutes les autres opérations possibles restent dans le domaine de la spéculation pure et n'apportent aucune preuve qui appuie une conclusion si importante. Il faut remarquer en outre que les témoignages des experts indiquent que le dommage invoqué ici s'accumulerait suite à des chauffages et des refroidissements répétés et exigerait que ces opérations soient plus nombreuses que celles que la preuve indique. Yahemech a fourni toute la preuve sur ce point, et les extraits qui suivent sont tirés de son témoignage:

THE COURT: Let's confine it to Exhibit 13 because that is what is relevant. Can you tell from that where the sockets came from?

A. No, I can't tell.

MR. MERRITT: Q. You can't say, however, that you didn't supply the sockets on every occasion?

A. No, I can't.

THE COURT: Just on this point, does that indicate how many times this particular socket, Exhibit 3, had been resocketed?

A. No, your honour.

Q. Well, it says resocketing on two or three occasions but maybe I am not reading it correctly. It says resocketed October the 19th, '65, resocketed 1st June of 1966. Resocketed September 26th, '67. Inspection tags, is that it—September the 1st, '67. Resocketed October the 13th, '67. What do all those notations mean in that?

A. They would be times that that particular socket would have been taken off and reinstalled. There was no way of knowing whether that socket after it had been cut off that portion of the line would have been put directly on that portion of the line. If they cut three sockets out and cleaned them out and then went to put them back they wouldn't necessarily go back on—I have no way of knowing that they went back on—

THE COURT: This was referring to a socket, a particular socket on Exhibit 13, is it not?

A. It refers that that is the location of the socket but whether the socketing crew cut the socket off of say the one next to the towline and then reinstalled it on the end of the pennant, I would have no way of knowing. They were done as a group.

THE COURT: What good is a record if it isn't referring to a particular socket. Isn't that the purpose of that?

A. The record was basically referring to the resocketing, that it had been resocketed on the line in that location.

Q. But there is no record of whether, Exhibit 3, let's talk about it, was resocketed three or four—four times during the period October the 19th to the 13th of October, 1967?

A. No, the sockets as such were not—

Q. Is there any way you can tell on any of your records whether Exhibit 3 was resocketed before?

[TRADUCTION] LA COUR: Tenons nous-en à la pièce 13 qui est pertinente ici. Pouvez-vous dire à partir de ce document d'où provenaient les attaches?

R. Non, je ne pourrais pas dire.

M[e] MERRITT: Q. Vous ne pouvez pas dire, cependant, que vous n'avez pas fourni les attaches à chaque occasion?

R. Je ne peux pas le dire.

LA COUR: Sur ce point, est-ce que ce dossier indique combien de fois cette attache précise, la pièce 3, a été remboîtée?

R. Non, Votre Seigneurie.

Q. Bien, le dossier dit remboîtement à deux ou trois occasions mais peut-être que je ne lis pas bien. On lit remboîté le 19 octobre '65, remboîté le 1[er] juin 1966. Remboîté le 26 septembre '67. Papillon d'inspection, c'est bien ça—le 1[er] septembre '67. Remboîté le 13 octobre '67. Que signifient toutes ces indications?

R. A certains moments cette attache particulière a pu être enlevée et replacée. Il était impossible de savoir si cette attache, une fois enlevée de cette partie du câble, aurait pu y être replacée directement. S'ils enlèvent trois attaches, les vident et les remettent en place, ils ne les remettraient pas nécessairement sur—je ne peux absolument pas savoir qu'elles sont remises sur—

LA COUR: Ceci indiquait une attache, une attache précise sur la pièce 13 n'est-ce pas?

R. Ca indique que c'est l'endroit de l'attache, mais est-ce que l'équipe d'emboîtement a enlevé l'attache, disons, du câble voisin du câble de remorquage et l'a remis en place à l'extrémité du rapporteur, je n'ai aucun moyen de le savoir. Elles étaient faites en groupe.

LA COUR: En quoi un dossier peut-il être utile s'il ne mentionne pas une attache précise? N'est-ce pas son but?

R. Le dossier se rapportait d'abord au remboîtement, qu'elle avait été remboîtée au câble à cet endroit.

Q. Mais il n'y a aucune indication à savoir si la pièce 3, prenons celle-là, a été remboîtée trois ou quatre—quatre fois au cours de la période du 19 octobre au 13 octobre 1967?

R. Non, les attaches elles-mêmes n'ont pas été—

Q. Pouvez-vous dire d'après vos dossiers si la pièce 3 a été remboîtée avant?

A. No, there is no way I can tell for certain.

Q. Do you know how many times it had been resocketed?

A. No, I do not.

Q. Do you know how old it is?

A. No, I do not.

Q. Does it look old to you?

A. It looks the way all sockets look when they are placed in use for a short time.

Q. From your experience would you say it had been resocketed a number of times prior to the 13th of October 1967?

A. I could only guess, I would assume it had.

Q. Well, from your experience, you are not an amateur like the rest of us.

A. I couldn't say, my lord, how many times it had been resocketed.

Q. But it was done more than once?

A. I would say yes, more than once.

Q. You have no record to tell you how many times?

A. No.

MR. MERRITT: My lord, may I just follow up on that a bit.

Q. So that Exhibit 13 indicates when an operation of resocketing or inspection was done but it gives no indication at all as to the history of any particular socket, right?

A. Yes.

Q. The answer is it gives no such indication?

A. Yes.

Q. Now, in fact in answer to his lordship you said you thought that it had been resocketed before but I think you don't hold yourself out as an expert in that field, do you?

A. Resocketing, no.

Q. Or in identifying the results of resocketing?

A. No.

Q. It may only have been resocketed once before for all you know.

A. Yes.

and later:

THE COURT: I thought you said before you didn't know whether that had been done by you, been

R. Non, je ne peux pas le dire avec certitude.

Q. Savez-vous combien de fois elle a été remboîtée?

R. Je ne le sais pas.

Q. Savez-vous si elle est bien vieille?

R. Je ne le sais pas.

Q. Est-ce qu'elle vous semble vieille?

R. Elle ressemble à toutes les attaches qui sont utilisées pendant une courte période.

Q. D'après votre expérience personnelle, diriez-vous qu'elle a été remboîtée plusieurs fois avant le 13 octobre 1967?

R. Je pourrais seulement essayer de deviner, je dirais que oui.

Q. Bien, d'après votre expérience, vous n'êtes pas un amateur comme nous tous.

R. Je ne saurais dire, Votre Seigneurie, combien de fois elle a été remboîtée.

Q. Mais elle l'a été plus d'une fois?

R. Je dirais que oui, plus d'une fois.

Q. Vous n'avez aucun document qui vous indique combien de fois?

R. Non.

Me MERRITT: Votre Seigneurie, est-ce que je peux poursuivre un peu là-dessus?

Q. Ainsi, cette pièce 13 indique quand a été faite une opération de remboîtement ou une inspection, mais elle n'indique pas du tout les usages qu'il a été fait dans le passé d'une attache précise, c'est bien cela?

R. Oui.

Q. Vous répondez qu'elle ne l'indique pas?

R. Oui.

Q. Maintenant, en fait, en réponse à la Cour, vous avez dit que vous pensiez qu'elle avait été remboîtée avant, mais je crois que vous ne vous présentez pas comme un expert dans ce domaine, est-ce exact?

R. En remboîtement, non.

Q. Ou en identifiant les résultats du remboîtement?

R. Non.

Q. Pour autant que vous sachiez, elle peut n'avoir été remboîtée qu'une seule fois auparavant?

R. Oui.

et plus loin:

LA COUR: Je croyais que vous aviez dit avant que vous ne saviez pas si cela a été fait par vous, fait par

done by Wire Rope before or at all, resocketed before by Wire Rope or at all. I think Mr. Merritt finally asked you a question, you weren't sure whether it had been done once or more than once or at all.

A. I thought I had said that it looked as though it had been done more than once. I couldn't say for certain.

THE COURT: Or by whom? What is the correct answer anyway? Do you know whether Exhibit 3 first of all had been resocketed before the 13th of October 1967?

A. I can't say for a certainty.

Q. And it follows that you don't know whether Wire Rope socketed it, that is the end of the answer.

MR. FORBES: Well, in fact though didn't Wire Rope, that is Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. do all your resocketing of the towlines while you were there?

A. Yes.

THE COURT: Well, the answer he had given just a minute ago was that Wire Rope had resocketed these same sockets before. Now he says "I don't know whether this Exhibit 3 had been resocketed before, at all or not." Now, two answers can't hang together, can they?

MR. FORBES: He is not my witness, my lord.

THE COURT: No, I know. I just want to know what the correct answer is, or do you know? The correct answer is you don't know whether it has been resocketed before or not?

A. There is no identifying marks on it, my lord, so I can't say for certainty.

THE COURT: The only thing you know is that at the time Wire Rope did your resocketing work in the main, is that a fair statement?

A. Yes. Perhaps I could clarify to the court some of the procedure involved. The reason I am uncertain is that we would take a socket to Wire Rope Industries and say, when we order a new line, would you put this socket on the towline. I would not be present when the towline was resocketed. I would assume that they would have taken the same socket. I would have no way of knowing whether they had used the socket we had actually given them or not.

Wire Rope avant ou si cela a déjà été fait, remboîté avant par Wire Rope ou déjà remboîté. Je pense que Me Merritt à la fin vous a posé une question, vous n'étiez pas certain si cela a été fait une fois ou plus d'une fois ou si cela a déjà été fait.

R. Je croyais avoir dit que cela semblait avoir été fait plus d'une fois, je ne pourrais en être sûr.

LA COUR: Ou par qui? De toute façon, quelle est la bonne réponse? Savez-vous d'abord si la pièce 3 avait été remboîtée avant le 13 octobre 1967?

R. Je ne peux l'affirmer avec certitude.

Q. Et il s'ensuit que vous ne savez pas si Wire Rope l'a emboîtée, c'est toute la réponse.

Me FORBES: Mais en fait, est-ce que Wire Rope, c'est-à-dire Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd., n'a pas fait tous vos travaux de remboîtement de câble pendant que vous étiez là?

R. Oui.

LA COUR: Mais il vient juste de répondre il y a une minute que Wire Rope avait remboîté ces mêmes attaches auparavant. Maintenant il dit «Je ne sais pas si cette pièce 3 avait déjà été remboîtée avant.» Or, il ne peut y avoir deux réponses, n'est-ce pas?

Me FORBES: Il n'est pas mon témoin, Votre Seigneurie.

LA COUR: Non, je sais. Je veux seulement savoir quelle est la bonne réponse, à moins que vous le sachiez. La bonne réponse est que vous ne savez pas si elle a été remboîtée auparavant?

R. Elle ne porte aucune marque d'identification, Votre Seigneurie, alors je ne peux en être sûr.

LA COUR: Tout ce que vous savez, c'est qu'à cette époque, Wire Rope faisait en substance vos travaux de remboîtement, est-ce exact?

R. Oui. Je peux peut-être éclairer la cour sur une partie de la procédure en jeu. Je ne suis pas certain parce que nous apportons une attache chez Wire Rope Industries et disons, lorsque nous commandons un nouveau câble, leur demandons d'emboîter cette attache au câble. Le câble a été remboîté en mon absence. Je prends pour acquis qu'ils ont utilisé la même attache. Je n'ai aucune façon de savoir s'ils ont ou non utilisé l'attache que nous leur avons remise.

Q. Well, let's just confine it to Exhibit 3. The answer is you don't know whether that has been resocketed before or not?
A. No.

Accepting, as I have done, that the resocketing operation of October 13, 1967 did not cause the failure of the socket and that no indefinite number of past resocketings has been shown, the question arises: What then did cause the failure? While it is not necessary to consider this question in order to dispose of the issue of Wire Rope's liability, an answer is required in considering the position of Yorke vis-à-vis B.C. Marine and Straits in order to determine whether or not Yorke exercised due diligence in furnishing a seaworthy tug in accordance with its contract of towage.

The conclusion that the socket was defective is, in my opinion, inescapable. The mere failure in use would not necessarily establish that fact, but it must be observed here that a sound manganese steel socket is the strongest part of a towline of this nature and therefore should not be the first part to fail. The line itself, when subjected to excessive strain, is expected to fail before the socket. It may well be that in this case unusual and heavy strains were imposed on the socket, but it failed before the line, which remained intact. Such failure is strong evidence of a defect, particularly when the evidence also indicated that it was not the socket itself which was snagged on the bottom, but a part of the line in the vicinity of the socket.

A review of the evidence of Mr. McCulloch indicates that the socket was defective because of improper heating and cooling in its original manufacture. This evidence received some support in the evidence of Mr. Heslop, who found and described casting defects in the socket which would also be attributable to its original manufacture. Mr. Heslop mentioned that on examination the socket showed signs of substantial wear, but he did not consider that such wear was a significant factor in its failure. I am of the opinion that this socket failed in use because it was defective from the time of its manufacture due to improper treatment in

Q. Tenons-nous en à la pièce 3. Vous répondez que vous ne savez pas si celle-ci a été remboîtée auparavant?
R. Non.

Si l'on accepte, comme je l'ai fait, que l'opération de remboîtement du 13 octobre 1967 n'a pas causé la rupture de l'attache et qu'un nombre indéfini d'opérations antérieures de remboîtement n'est pas établi, la question se pose: qu'est-ce qui a alors causé la rupture? Même s'il n'est pas nécessaire d'examiner cette question pour résoudre la question de la responsabilité de Wire Rope, il faut y répondre pour examiner la position de Yorke vis-à-vis de B.C. Marine et Straits afin d'établir si Yorke a exercé la diligence raisonnable pour fournir un remorqueur en bon état de navigabilité conformément à son contrat de remorquage.

A mon avis, il faut nécessairement conclure que l'attache était défectueuse. La simple rupture en cours d'usage ne devrait pas établir nécessairement ce fait, mais il faut remarquer ici qu'une attache d'acier au manganèse en bon état est la partie la plus résistante d'un câble de ce genre et, par conséquent, ne devrait pas être la première partie à se rompre. On s'attend à ce que le câble lui-même, lorsque soumis à une tension trop forte, se rompe avant l'attache. Il se peut que dans le présent cas, l'attache ait été soumise à des tensions fortes et inhabituelles, mais elle s'est rompue avant le câble qui est resté intact. Cette rupture est la preuve tangible d'un défaut, surtout lorsque la preuve indique aussi que ce n'est pas l'attache elle-même qui s'est coincée au fond, mais une partie du câble près de l'attache.

Un examen du témoignage de M. McCulloch indique que l'attache était défectueuse à cause d'un chauffage et d'un refroidissement inadéquats au cours de sa fabrication. Ce témoignage a reçu l'appui du témoignage de M. Heslop qui a trouvé dans l'attache et décrit des défauts de coulage qui seraient également imputables à sa fabrication originale. M. Heslop a mentionné qu'à l'examen, l'attache montrait des signes d'usure considérable, mais il n'estime pas que cette usure soit un facteur déterminant de sa rupture. Je suis d'avis que cette attache s'est rompue en cours d'utilisation parce qu'elle était défectueuse depuis l'époque de sa

the manufacturing process. In this, I am accepting the evidence of Mr. McCulloch supported to some extent by Mr. Heslop. In my view, the fair conclusion on the evidence is that the most probable cause of porosity and embrittlement which caused the failure was improper heat treating in manufacture. The appeals of Wire Rope, therefore, must be allowed.

It now falls to consider the liability of Yorke in the main action brought by B.C. Marine and Straits. Yorke had entered into a contract of towage with Straits. This contract was evidenced in writing in the form of a letter from Yorke to Straits, which provided:

January 24th, 1968.

Mr. Nick Malysh,
Straits Towing Limited,
2215 Commissioner Street,
Vancouver 6, B.C.

Dear Nick:

Confirming our recent telephone conversation we are pleased to charter you our "Lorne Yorke" for barge towing under the following conditions:

1. The rate to be $684.00 per day.
2. Your firm to supply, employ, and pay for the Mate on the vessel.
3. That Yorke be held harmless by Straits in connection with any claim or damage arising out of any advice or instructions received from your Mate.
4. The Standard Towing Conditions of the B.C. Tugboat Owners' Association to apply.
5. The Home Trade Class III certificate shall govern her area of charter.
6. Charges by crew personnel because of performing Duties other than an Officer or Unlicensed Personnel are for the account of Straits.
7. Navigation overtime is for the account of Yorke unless such amount is excessive and inevitable on the type of towing that is being performed.

fabrication à cause d'un traitement inadéquat au cours de sa fabrication. J'accepte donc le témoignage de M. McCulloch que M. Heslop appuie dans une certaine mesure. A mon avis, la conclusion qui s'impose de la preuve est que le traitement de chaleur inadéquat à l'usine est la cause la plus probable de la porosité et de la fragilité à l'origine de la rupture. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois de Wire Rope.

Il convient maintenant d'examiner la responsabilité de Yorke dans l'action principale intentée par B.C. Marine et Straits. Yorke a conclu un contrat de touage avec Straits. Ce contrat a été reconnu par écrit dans une lettre de Yorke à Straits qui se lit comme suit:

[TRADUCTION] Le 24 janvier 1968

M. Nick Malysh
Straits Towing Limited
2215, rue Commissioner
Vancouver 6 (C.-B.)

Cher Nick,

Conformément à notre récente conversation téléphonique, nous avons le plaisir de vous faire savoir que nous consentons à l'affrètement par vous de notre «Lorne Yorke» pour remorquer le chaland, et ce sous réserve des modalités suivantes:

1. Le taux journalier de location sera de $684.00.
2. Votre compagnie fournira, engagera et rétribuera le second du navire.
3. Straits tiendra Yorke à couvert de toute responsabilité à l'égard de toute action ou de tout préjudice découlant des conseils et instructions reçus du second engagé par vous.
4. Les normes de remorquage de la «B.C. Towboat Owners' Association» (Association des propriétaires de remorquages de la Colombie-Britannique) s'appliqueront.
5. Le certificat de catégorie 3 du commerce intérieur régira le secteur d'affrètement.
6. Les frais d'équipage occasionnés par l'accomplissement des tâches, autres que ceux relatifs à un officier ou aux employés non brevetés, seront à la charge de Straits.
7. Le temps supplémentaire de navigation sera à la charge de Yorke, sauf si le montant en est excessif et cependant inévitable vu la sorte de remorquage à effectuer.

Yours very truly,
F. M. YORKE & SON LIMITED
"Walter Nezil"
Walter Nezil
Chief Despatcher

Sincèrement vôtre,
F. M. YORKE & SON LIMITED
(signé) Walter Nezil,
«Walter Nezil»
Répartiteur en chef

The standard towing conditions of the B.C. Tugboat Owners' Association made applicable to this contract by paragraph 4 of the contractual letter were contained in Exhibit 23, a rate book of the Association. For the purposes of this case the significant term is expressed in these words:

It is a term of all towing contracts, written or verbal, that (providing the tugboat owner uses due diligence to make and keep the tugboat seaworthy) the towboat owner, its servants or agents are not to be liable for loss or damage to the tow or its contents, howsoever caused.

Les normes de remorquage de la B.C. Tugboat Owners' Association, que les parties ont convenu d'appliquer au contrat aux termes du paragraphe 4 de la lettre, se retrouvent à la pièce 23, un cahier des tarifs de l'Association. La clause qui s'applique en l'espèce se lit comme suit:

[TRADUCTION] Tous les contrats de remorquage qu'ils soient écrits ou verbaux, comporteront une clause exonératoire mettant le propriétaire du remorqueur, ses préposés ou représentants à couvert de toute responsabilité pour toute perte ou tout dommage relatifs au bâtiment remorqué et à sa cargaison, pourvu que le propriétaire du remorqueur exerce toute la diligence nécessaire pour mettre et maintenir ce dernier en état de navigabilité.

Yorke will be liable then to B.C. Marine or Straits only if the *Lorne Yorke*, because of a failure by Yorke to exercise due diligence, was not seaworthy when it set out upon the voyage which led to the accident and if the loss was caused by the lack of seaworthiness.

Yorke ne sera alors responsable envers B.C. Marine ou Straits que si le *Lorne Yorke*, faute par Yorke d'avoir exercé toute la diligence raisonnable, n'était pas en bon état de navigabilité lorsqu'il a entrepris le voyage qui a conduit à l'accident, et si la perte est imputable au mauvais état de navigabilité.

This proposition was accepted by B.C. Marine and Straits as the following extract from their factum in this Court shows. Paragraph 1 on page 18 of the factum provides:

1. The Federal Court of Appeal and the learned Trial Judge did not err in finding that the Appellant F. M. Yorke & Son Limited was liable to the Respondent Straits Towing Ltd. for breach of its contract with the Respondent Straits, by failing to exercise due diligence to make and keep the tug "LORNE YORKE" seaworthy.

B.C. Marine et Straits ont admis cette proposition, comme l'indique l'extrait suivant de leur mémoire devant cette Cour. Le paragraphe 1 à la page 18 du mémoire se lit comme suit:

[TRADUCTION] 1. La Cour d'appel fédérale et le savant juge de première instance ont conclu à bon droit que l'appelante F.M. Yorke & Son Limited était responsable envers l'intimée Straits Towing Ltd. pour inexécution de son contrat avec l'intimée Straits, parce qu'elle n'a pas exercé toute la diligence raisonnable pour mettre et maintenir le remorqueur «LORNE YORKE» en bon état de navigabilité.

and on page 19, in paragraph 3, the following appears:

3. The liability of F. M. Yorke & Son Limited to Straits Towing Ltd. for breach of its contractual obligations with respect to the seaworthiness of the tug "LORNE YORKE" and its towing gear is for damages in the amount of the value of the lost barge "WESTPORT STRAITS", and any supposed ambiguity in the judgments below on this point should be resolved.

et en page 19, le paragraphe 3 se lit comme suit:

[TRADUCTION] 3. La responsabilité de F. M. Yorke & Son Limited à l'égard de Straits Towing Ltd. pour inexécution de ses obligations contractuelles relativement au bon état de navigabilité du remorqueur «LORNE YORKE» et de son équipement de remorquage s'étend aux dommages-intérêts d'un montant égal à la valeur du chaland perdu «WESTPORT STRAITS», et il y a lieu de dissiper toute ambiguïté possible dans les jugements des cours d'instance inférieure sur ce point.

It should also be noted that before this Court counsel for B.C. Marine and Straits disclaimed any assertion of negligence in seamanship and navigation and placed its whole case against Yorke on an alleged failure to use due diligence in providing a seaworthy tug.

The failure alleged against Yorke is that it suffered Wire Rope to mistreat the manganese steel socket in the resocketing procedure on October 13, 1967. This, it is said, weakened the socket and rendered the tug unseaworthy and finally caused the loss. The burden of proving due diligence rested upon Yorke. This burden could not be discharged by merely showing that it contracted out certain necessary work to an independent contractor, however reliable and skilled it may have been. Yorke, it was argued, instructed or permitted Wire Rope, on October 13, 1967 when the resocketing was done, to put back upon the towline a used socket. In doing so, it knew or ought to have known that the socket had been used and was worn, that it had been resocketed in the past, and that because of alleged repeated heating the socket had become, or might well have become, damaged. The exercise of due diligence would have required more in this matter, including the use of a new socket which, according to the evidence, would have cost sixteen dollars.

As I have already indicated, the case against Wire Rope has failed, Yorke not having shown that Wire Rope rendered the socket defective in the resocketing operation. This fact, however, is not decisive in favour of Yorke in its defence against the claims of B.C. Marine and Straits. Against Wire Rope, Yorke bore the burden of proving negligence. This it failed to do. As against B.C. Marine and Straits, however, it must show due diligence in making the tugboat seaworthy and the fact that Wire Rope has been exonerated does not by itself relieve Yorke, for the evidence shows that whatever may have been the cause the socket was defective and, in the circumstances of this case, its use rendered the *Lorne Yorke* unseaworthy.

Il faut souligner en outre que devant cette Cour, l'avocat de B.C. Marine et Straits s'est désisté des allégations de négligence dans la manœuvre et la navigation pour ne plus invoquer contre Yorke que l'omission d'exercer toute la diligence raisonnable pour fournir un remorqueur en bon état de navigabilité.

La négligence invoquée contre Yorke est d'avoir permis que Wire Rope endommage l'attache d'acier au manganèse au cours de l'opération de remboîtement le 13 octobre 1976. On dit que cela a affaibli l'attache, a rendu le remorqueur en mauvais état de navigabilité et, finalement, a causé la perte. Yorke a le fardeau d'établir qu'elle a exercé diligence raisonnable. Elle ne peut se dégager de ce fardeau simplement en démontrant qu'elle a confié l'exécution de certains travaux nécessaires à un entrepreneur indépendant, si digne de confiance et si habile soit-il. On plaide que Yorke a ordonné à Wire Rope ou lui a permis, lorsque le remboîtement a été fait le 13 octobre 1967, de remettre une attache usagée sur le câble. Ce faisant, elle savait ou aurait dû savoir que l'attache avait déjà servi et qu'elle était usée, qu'elle avait été remboîtée auparavant et que, du fait de présumés chauffages répétés, l'attache était endommagée ou pouvait bien l'être. L'exercice d'une diligence raisonnable exigeait de faire plus à cet égard, y compris l'utilisation d'une nouvelle attache qui, suivant la preuve, aurait coûté seize dollars.

Comme je l'ai déjà indiqué, l'action contre Wire Rope est rejetée, puisque Yorke n'a pas établi que Wire Rope a rendu l'attache défectueuse au cours de l'opération de remboîtement. Ce fait, cependant, ne permet pas d'accueillir la défense de Yorke contre les réclamations de B. C. Marine et Straits. Contre Wire Rope, Yorke avait le fardeau d'établir la négligence. Elle n'a pas réussi à le faire. Contre B. C. Marine et Straits, cependant, elle doit établir qu'elle a exercé une diligence raisonnable pour fournir un remorqueur en bon état de navigabilité, et, en soi, le fait que Wire Rope ait été exonérée ne dégage pas Yorke, puisque la preuve indique que, quelle qu'en ait été la cause, l'attache était défectueuse et, dans les circonstances de l'espèce, son utilisation a fait que le *Lorne Yorke* n'était pas en bon état de navigabilité.

The *Carriage of Goods by Water Act*, R.S.C. 1970, c. C-15, and the *Hague Rules* do not apply to this case. However, the principles enunciated in the many cases decided under the Act and the Rules dealing with the obligation of a shipowner to exercise due diligence to make his vessel seaworthy and the consequences of a failure to do so are clearly applicable to the case at bar because of the contractual provision referred to above. The similarity in the obligations assumed by Yorke and those set out in the *Carriage of Goods by Water Act* and the *Hague Rules* may be shown by a reference to Article III of the Schedule to the Act, which is virtually identical to the provisions of the *Hague Rules:*

Article III

Responsibilities and Liabilities

1. The carrier shall be bound, before and at the beginning of the voyage, to exercise due diligence to,

(*a*) make the ship seaworthy;

Generally, the obligation of a tugboat owner upon entering into a contract of towage is expressed in Halsbury's *Laws of England*, 3rd ed., vol. 35, at p. 589, para. 869:

In an ordinary contract of towage the owner of the tug contracts that the tug shall be efficient for the purpose for which she is employed, and that her crew, tackle and equipment shall be equal to the work to be accomplished, in the weather and under the circumstances reasonably to be expected. There is a warranty implied in such a contract that at the outset the crew, tackle and equipment are equal to the work to be accomplished in circumstances reasonably to be expected, and there is an implied obligation that thereafter competence skill and best endeavours shall be used in doing the work.

In the case at bar, however, the inclusion in the towage contract of the provisions excerpted above replaced any implied warranty in this respect and protects Yorke from failures in this regard and from liability for damage, however caused, where

La *Loi sur le transport des marchandises par eau*, S.R.C. 1970, chap. C-15, et les *Règles de La Haye* ne s'appliquent pas en l'espèce. Cependant, les principes énoncés dans les nombreuses décisions rendues en vertu de la Loi et des Règles traitent de l'obligation du propriétaire d'un navire d'exercer une diligence raisonnabe pour mettre le navire en état de navigabilité et des conséquences de son omission de le faire, s'appliquent clairement à l'espèce étant donné les dispositions contractuelles mentionnées ci-dessus. On peut montrer la similitude des obligations que Yorke a assumées avec celles prévues à la *Loi sur le transport des marchandises par eau* et aux *Règles de La Haye* en se référant à l'Article III de l'Annexe à la Loi, qui est pratiquement identique aux dispositions des *Règles de La Haye*:

Article III

Responsabilités et obligations

1. Le transporteur sera tenu avant et au début du voyage d'exercer une diligence raisonnable pour:

a) mettre le navire en état de navigabilité;

Généralement, l'obligation du propriétaire d'un remorqueur qui conclut un contrat de touage est énoncée comme suit à l'ouvrage de Halsbury, *Laws of England*, 3e éd., t. 35, à la p. 589, par. 869:

[TRADUCTION] Dans un contrat ordinaire de touage, le propriétaire du remorqueur s'engage à ce que le remorqueur soit capable d'accomplir la tâche pour laquelle il est affrété, et que son équipage et son équipement soient à la hauteur de la tâche à accomplir, dans les conditions atmosphériques et les circonstances qu'on peut raisonnablement prévoir. Ce contrat comporte une garantie implicite qu'au départ, l'équipage et l'équipement sont à la hauteur de la tâche à exécuter dans les circonstances raisonnablement prévisibles; il comporte en outre l'obligation implicite que par la suite, la compétence, l'adresse et les meilleurs efforts seront utilisés pour accomplir cette tâche.

En l'espèce, cependant, l'inclusion, dans le contrat de touage, des dispositions précitées a remplacé toute garantie implicite sur ce point et protège Yorke des manquements à cet égard et de la responsabilité des dommages, quelle qu'en soit la

it can show that it has exercised due diligence to make the tugboat seaworthy.

The concepts of due diligence and seaworthiness have been discussed in many cases. The leading case on the subject in this Court is *Charles Goodfellow Lumber Sales Limited v. Borromée Verreault, Captain Fernand Hovington and Verreault Navigation Inc.*[7] While this was a case in which the *Carriage of Goods by Water Act* applied, the reasoning employed by Ritchie J., who wrote the judgment of the Court, is applicable to the construction of the contractual provision in issue here. At pp. 535-6, he said:

> In this regard the first question to be determined is whether or not the evidence discloses that the *Claudette V* was unseaworthy.
>
> The test of seaworthiness most frequently adopted is to be found in the judgment of Lord Herschell in *Gilroy Sons & Co.* v. *Price & Co.*, where he said:
>
> > That the ship should be in a condition to encounter whatever perils of the sea a ship of that kind, and laden in that way, may be fairly expected to encounter in crossing the Atlantic, or in performing whatever is the voyage to be performed.

He found the ship in that case was unseaworthy and then went on to consider, at pp. 540-1, the question of due diligence. He said:

> Where the ship is found to have been unseaworthy the ship owner is seized with the burden of proving that he exercised due diligence to make her so, if he is to escape liability. When the *Maxine Footwear* case, *supra*, was heard in this Court, a dissenting judgment was delivered by Mr. Justice Cartwright (as he then was). The dissenting reasons for judgment were affirmed in the Privy Council and in the course of them Mr. Justice Cartwright adopted the following definition of the due diligence required by art. III, Rule 1:
>
> > 'Due diligence' seems to be equivalent to reasonable diligence, having regard to the circumstances known, or fairly to be expected, and to the nature of the voyage, and the cargo to be carried. It will suffice to satisfy the condition if such diligence has been exercised down to the sailing from the loading port. But

[7] [1971] S.C.R. 522.

cause, si elle peut établir qu'elle a exercé la diligence raisonnable pour mettre le remorqueur en état de navigabilité.

Les concepts de la diligence raisonnable et du bon état de navigabilité ont été analysés dans plusieurs décisions. Le principal arrêt de cette Cour à ce sujet est *Charles Goodfellow Lumber Sales Limited c. Borromée Verreault, Capitaine Fernand Hovington et Verreault Navigation Inc.*[7] Même si la *Loi sur le transport des marchandises par eau* s'appliquait dans cette affaire, les motifs du juge Ritchie, qui a rendu l'arrêt de la Cour, s'appliquent à l'interprétation de la disposition contractuelle à l'étude en l'espèce. Il affirme, aux pp. 535 et 536:

> Sur ce point, il faut d'abord déterminer si oui ou non la preuve révèle que le *Claudette V* n'était pas en bon état de navigabilité.
>
> Le critère de la navigabilité le plus fréquemment adopté est énoncé par Lord Herschell dans le jugement qu'il a rendu dans *Gilroy Sons & Co.* v. *Price & Co.*, où il dit:
>
> > [TRADUCTION] Il faut que le navire soit en état d'affronter tous les périls de la mer qu'un navire de ce genre, ainsi chargé, peut raisonnablement être susceptible de rencontrer en traversant l'Atlantique ou en effectuant tout autre voyage.

Il a conclu que le navire en l'espèce n'était pas en bon état de navigabilité et il a ensuite examiné la question de la diligence raisonnable. Aux pp. 540 et 541, il affirme:

> Si l'on conclut que le navire n'était pas en bon état de navigabilité, il incombe au propriétaire du navire de prouver qu'il a exercé une diligence raisonnable à cet égard s'il veut se libérer. Quand cette Cour a entendu l'affaire *Maxime Footwear* [*sic*] (précitée), M. le Juge Cartwright (alors juge puîné) a prononcé un jugement dissident. Dans ses motifs, que le Conseil privé a confirmés, M. le Juge Cartwright a adopté la définition suivante de la diligence raisonnable requise par la règle 1 de l'art. III:
>
> > [TRADUCTION] La «diligence raisonnable» semble être l'équivalent d'une diligence normale, compte tenu des circonstances connues ou raisonnablement prévisibles, de la nature du voyage et de la cargaison. Il suffit que cette diligence ait été exercée jusqu'au départ du port de chargement. Toutefois, l'état du navire à ce

[7] [1971] R.C.S. 522.

the fitness of the ship at that time must be considered with reference to the cargo, and to the intended course of the voyage, and the burden is upon the shipowner to establish that there has been diligence to make her fit.

It is not enough to satisfy the condition that the shipowner has been personally diligent, as by employing competent men to do the work. The condition requires that diligence to make her fit shall, in fact, have been exercised, by the shipowner himself, or by those whom he employs for the purpose. The shipowner 'is responsible for any shortcoming of his agents or subordinates in making the steamer seaworthy at commencement of the voyage for the transportation of the particular cargo.' (*Per* Brown Dist. J. in *The Frey* (1899), 92 F. 667).

'The obligation to make a ship seaworthy is personal to the owners, whether or not they entrust the performance of that obligation to experts, servants or agents.' (*Per* Lord Wright in *Northumbrian Shipping Company Limited v. E. Timm and Son, Limited,* [1939] A.C. 397 at 403, [1939] 2 All E.R. 648). If such experts, servants or agents fail to exercise due diligence to make her seaworthy the owners are liable under Art. III, r. 1 of the Rules.

The burden of proving the exercise of due diligence which is placed upon the carrier under the provisions of art. IV(1) can only be discharged by affirmative proof that due diligence was exercised to make the ship seaworthy.

moment-là doit être considéré en fonction de la cargaison et de l'itinéraire du voyage projeté et il incombe au propriétaire du navire de montrer qu'il a exercé une diligence raisonnable pour mettre son bâtiment en bon état.

Il ne suffit pas que le propriétaire du navire ait été personnellement diligent, par exemple en engageant des hommes compétents pour faire le travail. Il faut que la diligence pour mettre le navire en bon état ait été exercée, en fait, par le propriétaire du navire lui-même ou par ceux qu'il a engagés à cette fin. Le propriétaire du navire est «responsable de tout manquement de la part de ses agents ou subalternes dans la mise en état de navigabilité du navire au commencement du voyage pour le transport de la cargaison particulière». (Le Juge de district Brown dans *The Frey* (1899), 92 F. 667).

«L'obligation de mettre le navire en bon état de navigabilité revient personnellement aux propriétaires, qu'ils en confient ou non l'exécution à des experts, des employés ou des agents.» (Lord Wright dans *Northumbrian Shipping Company Limited v. E. Timm and Son, Limited,* [1939] A.C. 397, à la page 403, [1939] 2 All E.R. 648). Si ces experts, employés ou agents n'exercent pas une diligence raisonnable pour mettre le navire en bon état de navigabilité, les propriétaires sont responsables aux termes de la règle 1 de l'Article III des Règles.

Le voiturier à qui incombe le fardeau de prouver l'exercice d'une diligence raisonnable, en vertu des dispositions de l'art. IV(1), ne peut s'acquitter de cette obligation qu'en prouvant affirmativement qu'une diligence raisonnable a été exercée pour mettre le navire en bon état de navigabilité.

The *Goodfellow* case and the authorities cited in it conveniently state the law upon this question and, in addition, several other cases of high authority have declared and illustrated the principles involved. They include *Maxine Footwear Company Ltd. et al. v. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*[8], in which see particularly dissenting reasons of Cartwright J. later affirmed in the Privy Council; *Western Canada Steamship Company Limited v. Canadian Commercial Corporation and Others*[9]; *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd., ("Muncaster*

L'arrêt *Goodfellow* et les décisions qui y sont citées énoncent de façon commode le droit applicable à cette question et, en outre, plusieurs autres arrêts de grande portée ont dégagé et illustré les principes en jeu. Parmi ceux-ci, l'arrêt *Maxine Footwear Company Ltd. et autre c. Canadian Government Merchant Marine Ltd.*[8], dont en particulier les motifs dissidents du juge Cartwright que le Conseil privé a confirmés par la suite; *Western Canada Steamship Company Limited c. Canadian Commercial Corporation et autres*[9], *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Ship-*

[8] [1957] S.C.R. 801.
[9] [1960] S.C.R. 632.

[8] [1957] R.C.S. 801.
[9] [1960] R.C.S. 632.

Castle")[10]; *Toronto Elevators Limited v. Colonial Steamship Limited*[11]; *Robin Hood Flour Mills Limited v. N.M. Paterson & Sons Limited*[12].

The rules which may be derived from these and other cases dealing with this point may be summarized in this manner in so far as they relate to the case at bar. Yorke, as the tugboat owner, was bound both at common law and by the terms of the contract to put the tugboat in seaworthy condition at the commencement of the voyage. In the event of damage being caused to the tow or its contents during the voyage by reason of the unseaworthiness of the tug, Yorke could escape liability only by proving that it had exercised due diligence to make the tug seaworthy. In the facts of this case the exercise of due diligence could not be proved by reference to the fact that Yorke had contracted out work, in connection with the towing line which failed, to a reputable and experienced contractor. The burden upon Yorke in the case at bar would extend to showing in the facts of this case that the failure of the socket was caused by a latent defect, that is a defect which would not be discernible upon reasonable examination.

As Ritchie J. said in the first passage from the *Goodfellow* case quoted above, the first question to be resolved is whether on the occasion in question the *Lorne Yorke* was unseaworthy. Was she in a condition to encounter whatever perils of the sea a tugboat with a tow such as she had could be fairly expected to encounter in the voyage that she had embarked upon? It would appear from the totality of the evidence that on the disastrous voyage the *Lorne Yorke* did not encounter in the waters on the outer coast of Vancouver Island any perils or hazards which were beyond normal and reasonable expectation. Bad weather is common, particularly at that time of the year, and the weather on the occasion of the accident, while bad, was not abnormally so and evidence was given of safe passages

[10] [1961] A.C. 807.
[11] [1950] Ex. C.R. 371.
[12] [1967] 1 Ex. C.R. 431, aff'd [1968] 1 Ex. C.R. 175.

ping Co. Ltd., («Muncaster Castle»)[10]; *Toronto Elevators Limited c. Colonial Steamship Limited*[11]; *Robin Hood Flour Mills Limited c. N.M. Paterson & Sons Limited*[12].

Les règles qui émanent de ces arrêts et d'autres arrêts portant sur ce point peuvent se résumer de la façon suivante en autant qu'ils se rapportent à cette affaire. Yorke, à titre de propriétaire du remorqueur, était tenue, tant en vertu de la *common law* qu'en vertu des termes du contrat, de mettre le remorqueur en bon état de navigabilité au début du voyage. Dans le cas où des dommages sont causés à la remorque ou à son contenu au cours du voyage du fait du mauvais état de navigabilité du remorqueur, Yorke ne peut dégager sa responsabilité qu'en établissant qu'elle a exercé une diligence raisonnable pour mettre le remorqueur en bon état de navigabilité. En l'espèce, l'exercice de la diligence raisonnable ne peut être établi par mention du fait que Yorke a confié par contrat l'exécution de travaux, relativement au câble de remorquage qui s'est rompu, à un entrepreneur réputé et expérimenté. En l'espèce, Yorke a le fardeau d'établir en fait que la rupture de l'attache est imputable à un défaut caché, c'est-à-dire un défaut qu'on ne peut discerner lors d'un examen attentif.

Comme le juge Ritchie le dit dans le premier passage de l'arrêt *Goodfellow*, précité, la première question à résoudre est de savoir si, dans les circonstances, le *Lorne Yorke* était en mauvais état de navigabilité. Etait-il en état d'affronter tous les périls de la mer qu'un remorqueur avec une remorque de ce genre peut raisonnablement être susceptible de rencontrer au cours du voyage qu'il avait entrepris? Il ressort de l'ensemble de la preuve qu'au cours de ce voyage désastreux, le *Lorne Yorke* n'a pas rencontré dans les eaux de la côte extérieure de l'île Vancouver de périls ou de risques plus grands que ceux auxquels il pouvait raisonnablement s'attendre. Le mauvais temps est normal, particulièrement à cette époque de l'année, et le temps au moment de l'accident, bien que

[10] [1961] A.C. 807.
[11] [1950] R.C. de l'É. 371.
[12] [1967] 1 R.C. de l'É. 431, confirmé à [1968]1 R.C. de l'É. 175.

being made without loss in like conditions through the entrance to Kyuquot Channel. The dragging of towlines, intentional or accidental, is not a rare occurrence in these waters and the snagging of towlines on obstructions on the bottom is a hazard which must be expected and encountered in Kyuquot Channel. Despite these facts the socket failed, and as a direct consequence the *Westport Straits* was lost. There was evidence that in such a situation the socket would be subjected to a variety of stresses and strains but no evidence as to their actual nature, force, or effect. There was no evidence of the maximum strain which the socket could have resisted, or should have been capable of resisting, save for the unquestioned evidence that the normal expectation when a towline is put under excessive strain is that the line itself will fail before the socket. In this case then the failure of the socket while the line remained intact would lead to the conclusion that the socket was the weaker part of the gear, rather than the stronger as it ought to have been. There was evidence that the tugboat master in his efforts to free the line imposed the strain of full power on the line, and evidence that could be said to provide some suggestion of negligence in the manner of entry by the tug into the mouth of the channel. This evidence however, in my view, could not indicate that faulty navigation or seamanship was causative of the loss. It is impossible for us to speculate as to what might have occurred if the socket had not failed and the line had been freed. What did occur was the failure of the socket when it ought to have withstood the strain, as did the other parts of the cable, enabling the cable to be freed and the voyage continued. In my view, the failure of the socket in these circumstances was due to a fault or defect. This accords with the finding, both in the Trial Court and the Court of Appeal, and leads to the conclusion that the towing gear, and hence the tugboat, at the commencement of the voyage were not seaworthy. I part company with the judges at trial and appeal only as to the cause of the defect.

mauvais, n'était pas anormal et on a fourni la preuve de traversées réussies dans la passe Kyuquot dans des conditions semblables. Les câbles de remorquage qui traînent, intentionnellement ou par accident, ne sont pas rares dans ces eaux, et le fait que des câbles s'accrochent à des obstacles au fond de la mer est un risque qu'on doit s'attendre à rencontrer dans la passe Kyuquot. En dépit de ces faits, l'attache s'est rompue, ce qui a eu comme conséquence directe la perte du *Westport Straits*. Il a été établi que dans une telle situation, l'attache est soumise à diverses contraintes et tensions, mais on n'a pas établi la nature, la force ou l'effet réel de ces contraintes et tensions. On n'a pas établi la tension maximale que l'attache pouvait supporter, ou qu'elle aurait dû supporter, si ce n'est qu'on a fait la preuve non contestée que, lorsque le câble de remorquage est soumis à une tension excessive, on s'attend normalement à ce que le câble lui-même se rompe avant l'attache. En l'espèce, la rupture de l'attache alors que le câble est resté intact amène à conclure que l'attache était la partie la plus faible de l'équipement, et non la plus forte comme elle aurait dû l'être. La preuve a été faite que le commandant du remorqueur, en s'efforçant de libérer le câble, lui a imposé toute la puissance du navire, et on a fourni des preuves visant à laisser croire à la négligence dans la façon d'engager le remorqueur dans l'entrée de la passe. A mon avis, cependant, la preuve n'indique pas que des fautes de navigation ou de manœuvre soient à l'origine de la perte. Il ne nous est pas possible d'élaborer des théories sur ce qui aurait pu se produire si l'attache ne s'était pas rompue et si le câble avait été dégagé. Ce qui s'est effectivement produit, c'est que l'attache s'est rompue alors qu'elle aurait dû soutenir la tension, comme l'ont fait les autres parties du câble, permettant au câble de se dégager et au voyage de se poursuivre. A mon avis, la rupture de l'attache dans ces circonstances est imputable à une faute ou un défaut. Cette conclusion concorde avec celle du tribunal de première instance et de la Cour d'appel et mène à la conclusion que l'équipement de remorquage, et par conséquent le remorqueur, n'étaient pas en bon état de navigabilité au début du voyage. Je ne diffère d'opinion avec les juges de première instance et d'appel que sur la cause du défaut.

It follows from the foregoing that Yorke, as owner of the tug, would be liable for the damage suffered by the owners of the *Westport Straits* unless it is shown, the burden of proof being upon Yorke, that it exercised due diligence to make the *Lorne Yorke* seaworthy at the commencement of the voyage. The question then is—can it be shown that the exercise of due diligence would not have revealed the defect in the socket which caused the loss?

It was clear from the evidence of the experts that the defect, however caused, was not apparent on ordinary visual examination. To discover the defect the expert witnesses required complicated testing and photographic procedures beyond the capacity of those ordinarily concerned with the use of such equipment. By the standard of even careful visual examination then the defect was latent. While as a general rule it may be said that a latent defect is one not ascertainable on adequate examination, it is not in every case that a defect, which is not apparent, will be considered latent. Cases differ and there may be circumstances from time to time which would dictate more than mere superficial investigation before one would be enabled to set up the plea of latent defect. Such a case was *Scottish Metropolitan Assurance Company, Limited v. Canada Steamship Lines, Limited*[13], where Anglin C.J.C., speaking for the majority of the Court, dealt with a case where a threaded iron bolt which had been in a bent condition, to the knowledge of the shipowner's servants and employees for several months, broke and caused damage. He said, at pp. 277-8:

> There is a mass of testimony not, it is true, uncontradicted, but in our view of great weight and cogency, that the presence of the bend or curve in the bolt afforded a distinct and obvious warning of its weakened condition, which should not have been neglected. We, therefore, find it impossible to assent to the conclusion that the defendant's employees "exercised due diligence" to make the *Hamilton* seaworthy. Either their inspection of the steering gear was of such a casual and perfunctory character that they failed to discover the bend or curve, or, having noticed it, they failed to

[13] [1930] S.C.R. 262.

Il résulte de ce qui précède que Yorke, à titre de propriétaire du remorqueur, est responsable des dommages subis par les propriétaires du *Westport Straits* à moins qu'il soit établi, et c'est à Yorke que ce fardeau incombe, qu'elle a exercé la diligence raisonnable pour mettre le *Lorne Yorke* en bon état de navigabilité au début du voyage. La question est donc: peut-il être établi que l'exercice de la diligence raisonnable n'ait pu mettre à jour le défaut dans l'attache qui a causé la perte?

Les témoignages des experts montrent clairement que le défaut, quelle qu'en soit la cause, n'était pas apparent à l'examen visuel normal. Afin de trouver le défaut, les témoins experts ont eu recours à des essais compliqués et à des procédés photographiques auxquels n'ont pas accès les personnes qui utilisent habituellement cet équipement. Suivant les normes d'examens visuels même attentifs, le défaut était alors caché. Même si, en général, on peut dire qu'un défaut caché est un défaut qu'on ne peut constater lors d'un examen approprié, ce n'est pas dans tous les cas qu'un défaut qui n'est pas apparent sera considéré comme caché. Chaque cas est un cas d'espèce, et il peut se trouver à l'occasion des circonstances qui exigent plus qu'un simple examen superficiel pour permettre d'invoquer le plaidoyer de défaut caché. C'était le cas dans *Scottish Metropolitan Assurance Company, Limited c. Canada Steamship Lines, Limited*[13], où le juge en chef Anglin, s'exprimant pour la majorité de la Cour, a examiné une affaire dans laquelle un boulon fileté en fer, qui était gauchi depuis plusieurs mois à la connaissance des préposés et des employés du propriétaire du navire, s'est cassé et a occasionné des dommages. Il dit, aux pp. 277 et 278:

> [TRADUCTION] Un grand nombre de témoignages, contredits il est vrai, mais à notre avis d'une grande portée et bien fondés, portent que la présence de l'arc ou de la courbe dans le boulon était un avertissement distinct et évident de sa faiblesse qui n'aurait pas dû être négligé. Par conséquent, nous estimons impossible d'acquiescer à la conclusion que les employés de la défenderesse «ont exercé une diligence raisonnable» pour mettre le *Hamilton* en bon état de navigabilité. Ou bien leur inspection de l'appareil à gouverner était si négligente et superficielle qu'ils n'ont pas décelé l'arc ou la courbe, ou

[13] [1930] R.C.S. 262.

discharge the plain duty of either replacing the defective bolt or of making it fit for use, if that were possible. That the bolt broke is only what must sooner or later have occurred, and what should have been expected. The power of resistance of the metal having been much reduced was eventually overcome, it may be by having some slight additional stress or strain put upon it. To speak of such a defect as "latent" seems to involve a misuse of that term. We do not find it necessary for the present further to define "latent defect". "Not discernible by adequate inspection" seems not an inapt paraphrase.

In somewhat similar vein are the words of Atkin L.J. in *The "Dimitrios N. Rallias"*[14] at pp. 366-7 where excessive rusting had cracked rivets in a ship's hull thereby admitting water which damaged a cargo:

> Under these circumstances it appears to me perfectly impossible to say that the defect was a latent defect. The Judge has so found; and it is necessary to inquire shortly what is the meaning of a latent defect. I suppose normally speaking it means some defect that lies hid as opposed to a defect that lies open. But it is suggested that it is not every defect that cannot be perceived by touch or sight or hearing exercised with the most minute examination or observation that is latent; and I can believe that when the word is used with reference to defects in a ship's hull and machinery it may not be capable of the very extreme meaning that they cannot be perceived by the most accurate and refined perception. It was suggested to us that the definition contained in a work of authority, Carver, gathered from American decisions, is a better statement of what is meant by latent defect. That definition is:—
>
> > A defect which could not be discovered by a person of competent skill and using ordinary care.
>
> In this case I do not think it necessary to say whether that is the true and precise definition of latent defect which would meet every case. But I am prepared to say this, that a defect which does not comply at any rate with these words could not be a latent defect; and I think it is important in bearing in mind the effect of these words, to remember that the phrase is, "which could not be discovered," not which would not be discovered or which might not be discovered. If these words were used it would appear that there would be no difference between the test of what was a latent defect

[14] (1922), 13 Ll. L. R. 363.

bien l'ayant décelé, ils ont omis de s'acquitter du simple devoir de remplacer le boulon défectueux ou de le réparer, si cela était possible. La rupture du boulon devait se produire tôt ou tard, et il fallait s'y attendre. La force de résistance du métal étant diminuée de beaucoup, il a fini par céder, peut-être une tension un peu plus forte. Dire qu'un tel défaut est «caché» laisse croire à un mauvais emploi de ce terme. Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de définir le «défaut caché». «Qu'on ne peut discerner lors d'une inspection appropriée» ne semble pas une paraphrase inappropriée.

Dans une veine un peu semblable, le lord juge Atkin affirme dans *The «Dimitrios N. Rallias»*[14] aux pp. 366 et 367, une affaire dans laquelle la rouille excessive avait fait sauter les rivets de la coque d'un navire, laissant ainsi pénétrer l'eau qui a endommagé une cargaison:

> [TRADUCTION] Dans les circonstances, il m'apparaît absolument impossible de dire que le défaut était un défaut caché. Le juge en a décidé ainsi; et il faut chercher brièvement le sens de défaut caché. Je suppose qu'en général, il s'agit d'un défaut qui se trouve caché, par opposition à un défaut apparent. Mais il faut entendre que ce n'est pas chaque défaut imperceptible par les sens de la vue, du toucher ou de l'ouie appliqués à l'examen ou à l'observation le plus minutieux qui est caché; et je peux croire que, lorsque ce mot est employé par rapport aux défauts de la coque ou des appareils d'un navire, on ne peut en pousser le sens à l'extrême et dire qu'il s'agit de défauts imperceptibles à l'examen le plus attentif et le plus raffiné. On nous a proposé que la définition que donne un ouvrage qui fait autorité, Carver, tiré de décisions américaines, est un meilleur énonçé de ce qu'on entend par défaut caché. Cette définition est la suivante:
>
> > Un défaut que ne pourrait découvrir une personne experte utilisant des précautions normales.
>
> En l'espèce, je n'estime pas nécessaire de dire si c'est là la définition exacte et précise du défaut caché qui s'appliquerait à chaque cas. Mais je suis prêt à dire qu'un défaut qui ne répond en aucune façon à ces mots ne peut être un défaut caché; et j'estime important, en retenant la portée de ces mots, de se rappeler que la formule dit «que ne pourrait découvrir», et non pas qui ne serait pas découvert ni qui pourrait ne pas être découvert. Si on avait employé ces mots, il apparaîtrait qu'il n'y a pas de différence entre le critère de ce qui est un défaut caché et le critère applicable pour savoir si les

[14] (1922), 13 Ll. L. R. 363.

and the test of whether the persons responsible had been negligent or not; and I am quite clear that negligence is not a test of latency.

In this case it is impossible to say this defect could not have been discovered by persons of ordinary skill. One has only to visualise what is meant by a degree of rust of 5-16 in. existing by the side of the opening between the flange of the frame and the side plate, an interstice into which a man could place his finger, to make it impossible to suggest that this defect was a latent defect. It seems to me to have been a latent defect to anyone looking out for rust.

In the case at bar, at least to a stranger, the defect causing the failure was clearly 'latent'. It is argued, however, that Yorke was not a stranger in these matters. Yorke was a company which used sockets regularly and according to the evidence knew, or ought to have known, through their marine superintendent, Yahemech, his predecessor, and from literature in their possession, that there was a potential for danger in the resocketing of manganese steel sockets. Further, it was said, that a failure to heed that danger by continuing the re-use of sockets was not consistent with the exercise of due diligence, and the knowledge so possessed by Yorke should have served to warn that the practice of resocketing used sockets ought to have been abandoned. Yahemech admitted that he did not know if the socket was new or used when put on the cable on September 20, 1966. Can it be said that, armed with knowledge of the potential dangers involved in resocketing manganese steel sockets, such apparent indifference, both in selecting a socket and keeping records regarding its use, amounted to the exercise of due diligence? Can it be said that this defect was latent, or is this a case where the knowledge attributable to Yorke of the properties of manganese steel played the role of the 'bent bolt' in the *Scottish Metropolitan Assurance Company* case, or the role of the 'deposits of rust' in the case of *The "Dimitrios N. Rallias"*, indicating a problem and robbing the defect of its latent character?

In my opinion, after considering all the evidence I conclude that the claim by Yorke that the defect was latent is well-founded. There was evidence that manganese steel sockets could be safely

personnes responsables ont été négligentes; et je suis certain que la négligence n'est pas un critère pour établir qu'un défaut est caché.

En l'espèce, il n'est pas possible d'affirmer que ce défaut n'aurait pu être découvert par des personnes compétentes. Il suffit de se faire une image de ce que signifie un degré de corrosion de 5/16 de pouce près de l'ouverture entre la membrure du couple et la plaque de bord, un interstice dans lequel un homme peut mettre son doigt, pour qu'il soit impossible de dire que ce défaut est un défaut caché. Ca me semble un défaut caché pour quiconque cherche la corrosion.

En l'espèce, au moins pour un profane, le défaut qui a engendré la rupture était de toute évidence «caché». On allègue cependant que Yorke n'était pas un profane sur cette question. Yorke est une société qui utilisait des attaches régulièrement et, suivant la preuve, elle savait ou aurait dû savoir par son capitaine d'armement, Yahemech, son prédécesseur et par la documentation en sa possession qu'il y avait un danger possible à remboîter des attaches d'acier au manganèse. On allègue en outre qu'une omission de prendre garde au danger de poursuivre la réutilisation des attaches n'était pas compatible avec l'exercice de la diligence raisonnable, et que la connaissance qu'en avait Yorke aurait dû l'inciter à cesser la pratique de remboîter les attaches usagées. Yahemech a admis qu'il ne savait pas si l'attache était neuve ou usagée lorsqu'elle a été emboîtée au câble le 20 septembre 1966. Peut-on dire que, connaissant le danger possible qu'il y avait à remboîter les attaches d'acier au manganèse, une indifférence aussi évidente dans le choix d'une attache et la tenue de dossiers relatifs à son utilisation équivalait à exercer une diligence raisonnable? Peut-on dire que ce défaut était caché, ou est-ce un cas où la connaissance, de la part de Yorke, des propriétés de l'acier au manganèse a joué le rôle du «boulon gauchi» dans l'affaire *Scottish Metropolitan Assurance Company*, ou le rôle du «dépôt de corrosion» dans l'affaire *The «Dimitrios N. Rallias»*, indiquant un problème et enlevant au défaut son caractère caché?

A mon avis, après avoir examiné toute la preuve, j'en viens à la conclusion que Yorke invoque avec raison que le défaut est un défaut caché. La preuve révèle que les attaches d'acier au manganèse peu-

resocketed and the practice of the re-use of sockets after resocketing had been followed regularly by Yorke and other towing companies with no apparent ill effects. Furthermore, the weight of the evidence, as I have indicated, is that the failure did not occur because of any recent resocketing, but as a result of a defect existing in the socket from its manufacture, and there is no affirmative evidence to indicate that anything Yorke did or authorized in connection with the socket and its resocketing operation caused or contributed to that defect. In my view, bearing in mind the words of Anglin, C.J.C. and Atkin L.J. quoted above and approaching the question with the considerations they expressed in mind, the defect was a latent defect and no amount of diligence on the part of Yorke could have detected it. The evidence demonstrates, in my view, that the failure and the resulting loss of the *Westport Straits* were not caused by any failure on the part of Yorke to exercise due diligence in furnishing the tug in a seaworthy condition.

In the final result I would order that the appeals of Wire Rope against the judgments in favour of B.C. Marine, Straits, and Yorke be allowed, and that part of the judgment at trial dismissing the actions against Wire Rope be restored with costs throughout; that the cross-appeal by Yorke be allowed; and the action by B.C. Marine and Straits against Yorke be dismissed with costs throughout; and that the cross-appeal of B.C. Marine and Straits be dismissed with costs.

Appeals by Wire Rope against judgments in favour of B.C. Marine, Straits, and Yorke allowed, and that part of the judgments at trial dismissing the actions against Wire Rope restored, with costs; cross-appeal by Yorke allowed; the action by B.C. Marine and Straits against Yorke dismissed with costs; and the cross-appeal of B.C. Marine and Straits dismissed with costs.

Solicitors for the (third party) appellant: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the (plaintiffs) respondents: Owen, Bird, Vancouver.

Solicitors for the (defendant) respondent: MacRae, Montgomery, Spring & Cunningham, Vancouver.

vent être remboîtées sans risque, et Yorke et d'autres entreprises de remorquage ont suivi régulièrement la pratique de réutiliser des attaches remboîtées sans mauvais résultats apparents. En outre, comme je l'ai mentionné, la preuve indique que la rupture ne s'est pas produite du fait d'une opération de remboîtement récente, mais qu'elle résulte d'un défaut inhérent à l'attache depuis sa fabrication, et aucune preuve positive n'indique qu'une chose que Yorke a faite ou permise relativement à l'attache et à son remboîtement ait causé ce défaut ou y ait contribué. A mon avis, si on garde à l'esprit les mots du juge en chef Anglin et du lord juge Atkin précités et si on aborde la question suivant les critères qu'ils ont exprimés, le défaut était un défaut caché que Yorke ne pouvait détecter en exerçant toute la diligence possible. La preuve démontre, à mon avis, que la rupture, et la perte du *Westport Straits* qui en découle, ne sont pas imputables à l'omission, par Yorke, d'exercer une diligence raisonnable pour fournir un remorqueur en bon état de navigabilité.

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir les pourvois de Wire Rope contre les décisions rendues en faveur de B. C. Marine, Straits et Yorke; de rétablir la partie du jugement de première instance rejetant les actions contre Wire Rope, avec dépens dans toutes les cours; d'accueillir le pourvoi incident de Yorke: de rejeter l'action de B.C. Marine et de Straits contre Yorke avec dépens dans toutes les cours; et de rejeter avec dépens l'appel incident de B.C. Marine et de Straits.

Pourvois de Wire Rope à l'encontre des arrêts rendus en faveur de B.C. Marine, Straits et Yorke accueillis, et la partie du jugement de première instance rejetant les actions contre Wire Rope rétablie, avec dépens; pourvoi incident de Yorke accueilli; action de B.C. Marine et Straits contre Yorke rejetée avec dépens; et pourvoi incident de B.C. Marine et Straits rejeté avec dépens.

Procureurs de la (tierce partie) appelante: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs des (demanderesses) intimées: Owen, Bird, Vancouver.

Procureurs de la (défenderesse) intimée: MacRae, Montgomery, Spring & Cunningham, Vancouver.

Employment and Immigration Commission of Canada *Appellant*;

and

MacDonald Tobacco Inc. *Respondent*;

and

Her Majesty The Queen *Mis en cause.*

1981: March 18; 1981: April 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Unemployment Insurance — Power to revoke reduction granted for previous years — Judicial authority — Unemployment Insurance Act, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended, ss. 64(4), 64(6), 70, 75 and Regulations, s. 24 — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

An employer covered by the *Unemployment Insurance Act* and *Regulations* applied successfully for reduction of its unemployment insurance premiums for the years 1974, 1975 and 1976 through successive applications. Its application for reduction for the year 1977 was rejected by the officer of the Commission who also purported to revoke the reductions granted for three previous years and told the employer it would have to make up the underpayments for those years. The employer did not contest the refusal to allow a reduction for 1977 but sought reconsideration by the Review Panel of the revocation of the reductions allowed for the previous three years. The Review Panel denied relief and its position was confirmed by a majority decision of the Unemployment Insurance Commission.

On a section 28 application to the Federal Court of Appeal, that Court held that the officer exercised a quasi-judicial function and, in the absence of express power to revoke previous decisions, he had acted illegally in so doing and accordingly allowed the employer's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The question was whether the scheme of the Act, and especially of the relevant Regulations, allows an officer of the Commission, the Review Panel or the Commission itself, to undo retroactively and *suo motu* what had been done by way of allowing premium reductions for previous years. It was evident from the Regulations that in

Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada *Appelante*;

et

MacDonald Tobacco Inc. *Intimée*;

et

Sa Majesté La Reine *Mise en cause.*

1981: 18 mars; 1981: 6 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Assurance-chômage — Pouvoir de révoquer les réductions accordées pour les années précédentes — Autorité judiciaire — Loi sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications, art. 64(4), 64(6), 70, 75 et Règlement, art. 24 — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

Un employeur visé par la *Loi sur l'assurance-chômage* et le *Règlement* a obtenu au moyen de demandes successives une réduction de ses cotisations d'assurance-chômage pour les années 1974, 1975 et 1976. La demande de réduction pour l'année 1977 a été rejetée par le fonctionnaire de la Commission qui a prétendu révoquer les réductions accordées pour les trois années antérieures et qui a avisé l'employeur de parfaire la différence découlant des paiements inférieurs effectués au titre de ces années. L'employeur n'a pas contesté le refus d'accorder une réduction pour 1977, mais a cherché à obtenir du comité de révision un nouvel examen de la révocation de la réduction accordée au titre des trois années antérieures. Le comité de révision a refusé d'accorder ce redressement et la Commission d'assurance-chômage a confirmé sa décision à la majorité.

Sur une demande adressée à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28, cette cour a conclu que le fonctionnaire exerçait une fonction quasi judiciaire et, en l'absence de pouvoir exprès de révoquer les décisions antérieures, il avait agi illégalement; par conséquent, elle a accueilli la demande de l'employeur.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Il s'agit de savoir si l'esprit de la Loi, et en particulier du Règlement pertinent, permet à un fonctionnaire de la Commission, au comité de révision ou à la Commission elle-même d'annuler rétroactivement et de son propre chef les réductions de taux de cotisation accordées pour les années antérieures. Il ressort du Règlement qu'une

respect of an application for a premium reduction, a review can only be made at the instance of the employer. The Commission contended, however, that a decision granting the reduction is a nullity when it turns out that the conditions or requirements for it were not met, and that the officer acting under s. 24(2) of the Regulations was acting in an administrative capacity and could set aside a reduction improperly made.

In this case, the officer was engaged in a judicial exercise in making decisions in accordance with the Regulations enacted pursuant to s. 64 of the Act and thus under prescribed standards which the officer was obliged to apply and which were not mere guides for a wide discretion. The fact that the officer may have erred in law in granting reductions did not mean that he exceeded or failed to exercise his jurisdiction: he was properly seized of the applications and his errors did not make his decisions nullities.

Finally, s. 70 of the Act, which confers wider powers upon the Minister of National Revenue than are given either to the officer or the Commission, could not be relied upon since the present case did not bring the Minister's authority into play.

Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand, [1979] 1 S.C.R. 495, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], granting an application under s. 28 of the *Federal Court Act* to review and set aside a decision of the Unemployment Insurance Commission. Appeal dismissed.

Paul Ollivier, Q.C., and *Gaspard Côté, Q.C.*, for the appellant.

Raymond LeMoyne and *Louis Lemire*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—An employer covered by the *Unemployment Insurance Act*, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended, and *Regulations* thereunder, applied successfully for reduction of its unemployment insurance premiums for the years 1974, 1975 and 1976 through successive applications. It made another application for reduction for the year 1977. Not only was this rejected but the

[1] [1979] 2 F.C. 100.

demande de réduction de taux de cotisation ne peut être révisée qu'à la demande de l'employeur. La Commission a prétendu cependant qu'une décision qui accorde la réduction est nulle lorsqu'il appert que les conditions ou exigences y afférentes n'ont pas été respectées et ajoute que le fonctionnaire qui agit en vertu du par. 24(2) du Règlement, exerce une fonction administrative et peut annuler une réduction irrégulièrement accordée.

En l'espèce, le fonctionnaire qui exerce un pouvoir judiciaire doit prendre les décisions conformément au Règlement établi en application de l'art. 64 de la Loi et, ainsi, suivant des normes prescrites qu'il est tenu de suivre et qui ne sont pas de simples guides applicables à un vaste pouvoir discrétionnaire. L'erreur de droit qu'a pu commettre le fonctionnaire en accordant des réductions ne signifie pas qu'il a outrepassé sa compétence ou qu'il ne l'a pas exercée; il a été régulièrement saisi de demandes et ses erreurs ne rendent pas ses décisions nulles.

Enfin, il est impossible de recourir à l'art. 70 de la Loi, qui confère des pouvoirs plus larges au ministre du Revenu national que ceux qui sont donnés soit au fonctionnaire soit à la Commission, puisque la présente espèce ne fait pas intervenir le pouvoir du Ministre.

Jurisprudence: *Ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a accueilli une demande formée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* visant à la révision et l'annulation d'une décision de la Commission d'assurance-chômage. Pourvoi rejeté.

Paul Ollivier, c.r., et *Gaspard Côté, c.r.*, pour l'appelante.

Raymond LeMoyne et *Louis Lemire*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Un employeur visé par la *Loi sur l'assurance-chômage*, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications, et son *Règlement* d'application, a obtenu au moyen de demandes successives une réduction de ses cotisations d'assurance-chômage pour les années 1974, 1975 et 1976. Il a présenté une autre demande de réduction pour l'année 1977. Non seulement a-t-elle été rejetée

[1] [1979] 2 C.F. 100.

officer of the Commission, charged to decide the matter, purported to revoke the reductions granted for the three previous years, and the employer was told it would have to make up the underpayments for those years. The employer did not contest the refusal to allow a reduction for 1977 but sought reconsideration by the Review Panel of the revocation of the reductions allowed for the previous three years. The Review Panel denied relief and its position was confirmed by a majority decision of the Unemployment Insurance Commission. On a section 28 application to the Federal Court of Appeal, that Court held that the officer, charged to determine whether or not to allow a premium reduction, exercised a quasi-judicial function and, in the absence of express power to revoke previous decisions, he had acted illegally in so doing. The case is here on this issue.

mais le fonctionnaire de la Commission chargé d'en décider a prétendu révoquer les réductions accordées pour les trois années antérieures et l'employeur a été avisé qu'il devrait parfaire la différence découlant des paiements inférieurs effectués au titre de ces années. L'employeur n'a pas contesté le refus d'accorder une réduction pour 1977, mais a cherché à obtenir du comité de révision un nouvel examen de la révocation de la réduction accordée au titre des trois années antérieures. Le comité de révision a refusé d'accorder ce redressement et la Commission d'assurance-chômage a confirmé sa décision à la majorité. Sur une demande adressée à la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28, cette cour a conclu que le fonctionnaire chargé de la décision d'accorder ou de refuser une réduction de taux de cotisation exerçait une fonction quasi judiciaire et qu'en l'absence de pouvoir exprès de révoquer les décisions antérieures, il avait agi illégalement. C'est sur ce point que l'affaire nous est soumise.

It is not contested that the employer, strictly speaking, was not entitled to premium reductions for the years 1974, 1975 and 1976. The question is, however, whether the scheme of the Act, and especially of the relevant Regulations, allows an officer of the Commission or, indeed, the Review Panel or the Commission itself, to undo retroactively and *suo motu* what had been done by way of allowing premium reductions for previous years.

Il n'est pas contesté, à proprement parler, que l'employeur n'avait pas droit aux réductions de taux de cotisation pour les années 1974, 1975 et 1976. Il s'agit cependant de savoir si l'esprit de la Loi, et en particulier du Règlement pertinent, permet à un fonctionnaire de la Commission ou, même, au comité de révision ou à la Commission elle-même d'annuler rétroactivement et de son propre chef les réductions de taux de cotisation accordées pour les années antérieures.

Sections 64(4) and (6) of the *Unemployment Insurance Act, supra,* as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 80, s. 23, in force at the material times, read as follows:

(4) The Commission shall, with the approval of the Governor in Council, make regulations to provide a system for reducing an employer's premium payable under this Act when the payment of any allowances, monies or other benefits under a plan that covers insured persons employed by the employer, other than one established under provincial law, would have the effect of reducing the benefits that are payable to such insured persons under the Act, in respect of unemployment caused by illness or pregnancy, if insured persons employed by the employer will benefit from the reduction of the employer's premium in an amount at least

Les paragraphes 64(4) et (6) de la *Loi sur l'assurance-chômage,* précitée, modifiés par 1974-75-76 (Can.), chap. 80, art. 23, en vigueur à l'époque en cause, se lisent comme suit:

(4) La Commission doit, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règlements prévoyant un mode de réduction de la cotisation patronale payable en vertu de la présente loi lorsque le paiement d'allocations, de prestations ou autres sommes en vertu d'un régime autre qu'un régime établi en vertu d'une loi provinciale, qui couvre des assurés exerçant un emploi au service d'un employeur, aurait pour effet de réduire les prestations payables à ces assurés en vertu de la présente loi, en cas de chômage causé par une maladie ou une grossesse, si les assurés exerçant un emploi au service de l'employeur obtiendront une fraction de la réduction de

equal to five-twelfths of the reduction, but subject to paragraph (*a*) of section 65.

. . .

(6) For the purposes of subsections (4) and (5), the Commission may, with the approval of the Governor in Council, make regulations

(*a*) prescribing the manner and time for making an application for a premium reduction;

(*b*) prescribing the standards that must be met by a plan to qualify for a premium reduction and the time during which such plan must be in effect;

(*c*) prescribing the method for determining the amount of reduction for plans of given standards and the use to be made of actuarial calculations and estimates;

(*d*) providing for the making of decisions relating to premium reduction and appeals therefrom in cases of dispute;

(*e*) prescribing the manner in which the insured earnings of insured persons will be reported by employers to the Department of National Revenue, Taxation; and

(*f*) generally, providing for any other matters necessary for carrying out the purposes and provisions of subsections (4) and (5).

Regulations respecting applications for premium reduction were properly brought into force and they provided the following in s. 24 thereof:

24. (1) ...

(2) Upon receiving an application for a reduction of an employer's premium, an officer of the Commission shall decide whether or not a reduction shall be made.

(3) An employer may, within 30 days of the mailing of a notice of a decision made pursuant to subsection (2), (or within such further time as the Commission may allow,) apply for a review of the decision by a review panel consisting of officers designated by the Commission.

(4) An employer who is not satisfied with the decision of the review panel referred to in subsection (3) may appeal to the Commission for a final determination of the question.

(The bracketed words in subs. (3) were not in force when the dispute herein arose.)

What is evident from the Regulations and, especially the quoted provisions of s. 24, is that there is a one-way review prescribed in respect of an

la cotisation patronale égale à cinq douzièmes au moins de cette réduction sous réserve toutefois de l'alinéa *a*) de l'article 65.

. . .

(6) Aux fins des paragraphes (4) et (5), la Commission peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil, établir des règlements

a) prescrivant la manière et le moment de présenter une demande de réduction de taux de cotisation;

b) prescrivant les normes auxquelles doit satisfaire un régime pour ouvrir droit à une réduction de taux de cotisation et la période durant laquelle ce régime doit être en vigueur;

c) prescrivant la méthode de détermination du montant de la réduction pour les régimes qui satisfont aux normes prescrites et l'utilisation qui doit être faite des calculs et estimations actuariels;

d) prévoyant le mode de règlement des demandes de réduction de taux de cotisation et des appels interjetés en cas de litige;

e) prescrivant la manière dont les employeurs doivent déclarer la rémunération assurable des assurés au ministère du Revenu national, Impôt; et

f) de façon générale, prévoyant toute autre chose qu'exige la réalisation de l'objet et l'application des dispositions des paragraphes (4) et (5).

Le Règlement concernant les demandes de réduction de taux de cotisation est dûment entré en vigueur; son art. 24 dispose:

24. (1) ...

(2) Au reçu d'une demande de réduction du taux de la cotisation patronale, un fonctionnaire de la Commission décide si une réduction doit ou non être accordée.

(3) L'employeur peut, dans les 30 jours qui suivent l'envoi par la poste d'un avis de la décision prise conformément au paragraphe (2), (ou dans un délai prolongé selon que peut l'autoriser la Commission,) demander la révision de la décision par un comité formé de fonctionnaires désignés par la Commission.

(4) L'employeur qui n'est pas satisfait de la décision prise par le comité de révision dont il est question au paragraphe (3) peut interjeter appel devant la Commission pour qu'elle règle la question de manière définitive.

(Les mots entre parenthèses au par. (3) n'étaient pas en vigueur lorsque le présent litige a pris naissance.)

Il ressort du Règlement et, en particulier des dispositions citées de l'art. 24, qu'il existe une révision à sens unique d'une demande de réduction

application for a premium reduction, namely, a review at the instance of the employer. If, as in the present case, a premium reduction is allowed by the Commission's officer, there is nothing in the Regulations that permits review of the allowance if the employer is satisfied with it; neither the officer nor the Review Panel nor the Commission itself is given any express power to act on his or its own initiative to set aside an allowed reduction after it has been granted. Only the employer may, under the Regulations, contest a decision which is unfavourable to it.

Three submissions were made on behalf of the appellant Commission. First, it was contended that since a reduction can only be allowed if certain conditions or requirements are met by the employer which applied for it, a decision granting the reduction is a nullity when, as is the case here, it turns out that the conditions or requirements were not met. This contention was fortified by and associated with a second contention that the officer acts under s. 24(2) of the Regulations in an administrative and not in a judicial or quasi-judicial capacity and hence he may, as a matter of administrative authority, review and set aside a reduction that was not properly made, either by him or by some other officer seized of the particular application. Moreover, so the contention went, even if it was not open to an officer to revoke a reduction of premium, the Commission could do so in pursuance of its overall administrative authority. It is obvious, in respect of this latter submission, that the Commission can only act retroactively (if it has the power alleged) to revoke a reduction of premium allowed in a previous year. Nowhere in the Act or Regulations is any such authority conferred.

The third contention was based on s. 70 of the *Unemployment Insurance Act* and I shall come to that later in these reasons. I note at this point only that the appellant did not contest the jurisdiction of the Federal Court under s. 28, and this position appears to me to undercut the administrative argument of the appellant. Section 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970, (2nd Supp.), c. 10 is, as

de taux de cotisation, savoir une révision à la demande de l'employeur. Si, comme en l'espèce, le fonctionnaire de la Commission accorde une réduction de taux de cotisation, il n'y a rien dans le Règlement qui en permette la révision si l'employeur en est satisfait; ni le fonctionnaire ni le comité de révision ni même la Commission n'a reçu le pouvoir exprès d'annuler de sa propre initiative une réduction qui a déjà été approuvée. Seul l'employeur peut, en vertu du Règlement, contester une décision qui ne lui est pas favorable.

La Commission appelante a présenté trois arguments. Premièrement, elle a prétendu que puisqu'une réduction ne peut être accordée que si l'employeur qui la demande remplit certaines conditions ou exigences, une décision qui accorde la réduction est nulle lorsque, comme en l'espèce, il appert que les conditions ou exigences n'ont pas été respectées. Cette prétention est jointe à une deuxième, qui vient la renforcer, suivant laquelle le fonctionnaire qui agit en vertu du par. 24(2) du Règlement exerce une fonction administrative et non pas judiciaire ou quasi judiciaire et que, dès lors, il peut, dans l'exercice de son pouvoir administratif, réviser et annuler une réduction qui n'a pas été régulièrement accordée, soit par lui-même soit par un autre fonctionnaire saisi de la demande. En outre, suivant cette prétention, même s'il n'était pas loisible à un fonctionnaire de révoquer une réduction de taux de cotisation, la Commission pourrait le faire en exécution de son pouvoir administratif général. Il est évident, relativement à ce dernier argument, que la Commission ne peut agir que rétroactivement (si elle a le pouvoir invoqué) pour révoquer une réduction de taux de cotisation accordée au cours d'une année précédente. Ce pouvoir n'est accordé nulle part dans la Loi ou le Règlement.

Je reviendrai plus loin dans ces motifs à la troisième prétention qui est fondée sur l'art. 70 de la *Loi sur l'assurance-chômage*. Je signale tout simplement à ce stade-ci que l'appelante n'a pas contesté la compétence de la Cour fédérale en vertu de l'art. 28 et que cette position me paraît miner son argument fondé sur le pouvoir administratif. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson

Dickson J. noted in *Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*[2], at p. 499, a difficult provision. It reads as follows:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, commission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(*a*) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(*b*) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(*c*) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

(2) Any such application may be made by the Attorney General of Canada or any party directly affected by the decision or order by filing a notice of the application in the Court within ten days of the time the decision or order was first communicated to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to that party by the board, commission or other tribunal, or within such further time as the Court of Appeal or a judge thereof may, either before or after the expiry of those ten days, fix or allow.

(3) Where the Court of Appeal has jurisdiction under this section to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, the Trial Division has no jurisdiction to entertain any proceeding in respect of that decision or order.

(4) A federal board, commission or other tribunal to which subsection (1) applies may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Court of Appeal for hearing and determination.

[2] [1979] 1 S.C.R. 495.

dans l'arrêt *Ministre du Revenu national c. Coopers et Lybrand*[2], à la p. 499, l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, (2e Supp.), chap. 10, est une disposition compliquée. En voici le texte:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

(2) Une demande de ce genre peut être faite par le procureur général du Canada ou toute partie directement affectée par la décision ou l'ordonnance, par dépôt à la Cour d'un avis de la demande dans les dix jours qui suivent la première communication de cette décision ou ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à cette partie par l'office, la commission ou autre tribunal, ou dans le délai supplémentaire que la Cour d'appel ou un de ses juges peut, soit avant soit après l'expiration de ces dix jours, fixer ou accorder.

(3) Lorsque, en vertu du présent article, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, la Division de première instance est sans compétence pour connaître de toute procédure relative à cette décision ou ordonnance.

(4) Un office, une commission ou un autre tribunal fédéral auxquels s'applique le paragraphe (1) peut, à tout stade de ses procédures, renvoyer devant la Cour d'appel pour audition et jugement, toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

[2] [1979] 1 R.C.S. 495.

(5) An application or reference to the Court of Appeal made under this section shall be heard and determined without delay and in a summary way.

(6) Notwithstanding subsection (1), no proceeding shall be taken thereunder in respect of a decision or order of the Governor in Council, the Treasury Board, a superior court or the Pension Appeals Board or in respect of a proceeding for a service offence under the *National Defence Act*.

It is obvious from the terms of s. 28 that the Federal Court's jurisdiction to entertain an application thereunder depends on whether the decision or order of which review is sought is a decision or order other than one of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. Put in other words, decisions or orders which may be classified as administrative are nonetheless reviewable, within the terms of s. 28, if the authority which makes them was required to act judicially or quasi-judicially. In my view, it is no longer sensible to retain the old stereotyped classifications of statutory authority as being either administrative or judicial (or quasi-judicial) as providing a basis for review by the courts in the latter case but not in the former. It is more compatible with substance to look at statutory tribunals or boards or authorities in terms of the functions which, either at large or in a particular situation, they are obliged to discharge. It requires no citation of authority to note that an administrative tribunal may have judicial functions as well as administrative or ministerial functions.

The concession of jurisdiction in the Federal Court in this case absolves me of any need to inquire whether the officer charged to consider an application for a reduction of premium is a "federal board, commission or other tribunal" as defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. However, he plainly is, as is also the Unemployment Insurance Commission. Again, the concession so made carries with it that the officer and the Commission, in dealing with an application for reduction of premi-

(5) Les demandes ou renvois à la Cour d'appel faits en vertu du présent article doivent être entendus et jugés sans délai et d'une manière sommaire.

(6) Nonobstant le paragraphe (1), aucune procédure ne doit être instituée sous son régime relativement à une décision ou ordonnance du gouverneur en conseil, du conseil du Trésor, d'une cour supérieure ou de la Commission d'appel des pensions ou relativement à une procédure pour une infraction militaire en vertu de la *Loi sur la défense nationale*.

Il ressort du texte de l'art. 28 que la compétence de la Cour fédérale d'entendre une demande présentée en vertu de cet article repose sur la question de savoir si la décision ou l'ordonnance dont on cherche à obtenir la révision est autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. En d'autres termes, les décisions ou ordonnances que l'on peut qualifier d'administratives sont néanmoins susceptibles de révision, au sens de l'art. 28, si l'organisme qui les rend est soumis à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. A mon avis, il n'est plus valable de retenir les anciennes classifications stéréotypées des pouvoirs conférés par les lois en pouvoirs administratifs d'une part et judiciaires (ou quasi judiciaires) de l'autre, et de s'en servir comme fondement du pouvoir de contrôle des tribunaux dans le dernier cas mais non dans le premier. Il est beaucoup plus compatible avec le fond des choses d'envisager les tribunaux, offices ou organismes créés par la loi selon les fonctions que, soit de façon générale soit dans une situation particulière, ils sont tenus d'exercer. Point n'est besoin de citer de jurisprudence ou de doctrine pour souligner qu'un tribunal administratif peut avoir des fonctions judiciaires au même titre que des fonctions administratives ou ministérielles.

Comme l'appelante a acquiescé à la compétence de la Cour fédérale en l'espèce, je suis dégagé de la nécessité d'examiner si le fonctionnaire chargé d'étudier une demande de réduction de taux de cotisation est un «office, commission ou autre tribunal fédéral» suivant la définition de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Cependant, il en est un de toute évidence, comme l'est également la Commission d'assurance-chômage. Encore une fois, cet acquiescement emporte que lorsque le fonction-

um, were engaged in a judicial exercise. That was, in any event, the view of the Federal Court of Appeal. Pratte J., speaking for that Court, was plainly right in stating that the officer of the Commission, charged, in the words of s. 24(2) of the Regulations, to decide whether a reduction shall be made, was obliged to make the decision in accordance with the Regulations enacted pursuant to s. 64 of the Act and thus under prescribed standards. The judicial character of this power of decision is underlined by the provisions for review. There are no policy considerations involved in the exercise of an authority which comes from the Regulations and not by delegation from the Commission. Employers' rights are involved in an application invoking the authority of an officer and made pursuant to the criteria set out in the Regulations, criteria which the officer is obliged to apply. They are not mere guides for a wide discretion.

In saying that the officer is carrying out a judicial function, I am not to be taken as saying also that he must give an oral hearing. The Regulations provide for the form and contents of an application for reduction of premium. This satisfies, in the circumstances, any requirement of fairness because it is left to an employer to invoke the Regulations which, in pursuance of the Act, set out the conditions to be met for a reduction of premium. The officer's duty is to see if the facts set out in the application meet the requirements prescribed for a reduction of premium. If the employer is not satisfied with the officer's decision, the Regulations provide for two levels of review at his instigation alone.

It is not for the courts to supply a review of a decision wrongfully made in favour of an employer when the Regulations do not do so and when they could so easily be amended to that end. As it is, the fact that the officer may have erred in law in granting reductions for the years 1974, 1975 and 1976 does not mean that he exceeded or failed to exercise his jurisdiction. He was properly seized of

naire et la Commission traitent d'une demande de réduction de cotisation, ils exercent un pouvoir judiciaire. Quoi qu'il en soit, c'est l'opinion de la Cour d'appel fédérale. Le juge Pratte, qui a exprimé l'opinion de cette cour-là, a eu tout à fait raison de dire que le fonctionnaire de la Commission, chargé, suivant les mots du par. 24(2) du Règlement, de décider si une réduction doit être accordée, était tenu de prendre la décision conformément au Règlement établi en application de l'art. 64 de la Loi et, ainsi, suivant des normes prescrites. Le caractère judiciaire de ce pouvoir de décision est souligné par les dispositions prévoyant la révision. Il n'est pas question de principes généraux dans l'exercice d'un pouvoir accordé par le Règlement et non par délégation de la Commission. Les droits des employeurs sont en jeu dans une demande qui s'en remet au pouvoir d'un fonctionnaire et qui est faite suivant les normes établies dans le Règlement, normes que le fonctionnaire est tenu d'appliquer. Ce ne sont pas de simples guides applicables à un vaste pouvoir discrétionnaire.

Je ne voudrais pas que l'on interprète mon affirmation que le fonctionnaire exerce une fonction judiciaire de manière à me faire dire également qu'il doit tenir une audition orale. Le Règlement prévoit la forme et le contenu d'une demande de réduction de taux de cotisation. Dans les circonstances, cela répond à toutes les exigences d'équité parce qu'on laisse à l'employeur le soin d'invoquer le Règlement qui, en application de la Loi, établit les conditions qu'il faut respecter pour obtenir une réduction de taux de cotisation. Le fonctionnaire a comme rôle de vérifier si les faits exposés dans la demande répondent aux exigences prescrites pour obtenir une réduction de taux de cotisation. Si l'employeur n'est pas satisfait de la décision du fonctionnaire, le Règlement prévoit deux niveaux de révision laissés à sa seule initiative.

Il n'appartient pas aux tribunaux de fournir un moyen de réviser une décision erronée rendue en faveur d'un employeur lorsque le Règlement ne le fait pas et qu'il pourrait être si facilement modifié en ce sens. Ceci étant, l'erreur de droit qu'a pu commettre le fonctionnaire en accordant des réductions pour les années 1974, 1975 et 1976 ne signifie pas qu'il a outrepassé sa compétence ou

the respective applications for those years and his errors did not make his decisions nullities.

This brings me to consider the submission based on s. 70 of the Act. It is found in Part IV, headed "Collection of Premiums" whereas s. 64 under which the Regulations herein were made is found in Part III. "Minister" in Part III is defined to mean the Minister of Labour; and in Part IV the term is defined to mean the Minister of National Revenue. Section 70 is as follows:

70. (1) The Minister may assess an employer for an amount payable by him under this Act, or may reassess such employer or make such additional assessments as the circumstances require, and the expression "assessment" when used in this Act with reference to any action so taken by the Minister under this section includes such reassessment or additional assessment.

(2) After assessing an employer for an amount payable by him under this Act the Minister shall send the employer a notice of assessment, and upon such notice being sent to the employer the assessment shall be deemed to be valid and binding subject to being vacated or varied on appeal under this Act, and the employer is liable to pay to Her Majesty the amount thereof forthwith.

(3) Notwithstanding subsection (1) or (2), no assessment, reassessment or additional assessment of an amount payable by an employer under this Act may be made by the Minister under this section after three years have elapsed after the end of the year in which any premium in relation to which that amount is payable should have been paid, unless the employer has made any misrepresentation or committed any fraud in filing any return or in supplying any information pursuant to this Part in relation thereto.

It is, in my view, impossible to resort to s. 70 to shore up a case that cannot succeed under s. 64 of the Act and the Regulations made thereunder. Wider powers are expressly conferred upon the Minister of National Revenue than are given either to the officer or the Commission under the Regulations. This is emphasized by appeal procedures prescribed under ss. 75, 84 and 85 of the Act which it is unnecessary to reproduce. It is enough to say that there is provision in s. 75 for action by the Minister on his own initiative. It may well be

qu'il ne l'a pas exercée. Il a été régulièrement saisi des demandes respectives pour ces années et ses erreurs ne rendent pas ses décisions nulles.

Cela m'amène à l'examen de l'argument fondé sur l'art. 70 de la Loi. On trouve cet article à la Partie IV intitulée «Perception des cotisations» tandis que l'art. 64 en vertu duquel le Règlement en l'espèce a été établi se trouve dans la Partie III. Dans la Partie III, «Ministre» signifie, selon la définition, le ministre du Travail; dans la Partie IV, il signifie le ministre du Revenu national. Voici le texte de l'art. 70:

70. (1) Le Ministre peut établir une évaluation initiale, une évaluation révisée ou, au besoin, des évaluations complémentaires de ce que doit payer un employeur, et le mot «évaluation» lorsqu'il est utilisé dans la présente loi pour désigner une initiative ainsi prise par le Ministre en vertu du présent article, s'entend également de l'évaluation révisée ou complémentaire.

(2) Après toute évaluation d'une somme payable par un employeur en vertu de la présente loi, le Ministre doit lui envoyer un avis d'évaluation. Dès l'envoi de cet avis, l'évaluation est censée valide et obligatoire sous réserve de modification ou d'annulation sur appel prévu par la présente loi, et l'employeur est tenu de payer immédiatement à Sa Majesté la somme indiquée.

(3) Nonobstant les paragraphes (1) et (2), aucune évaluation initiale, révisée ou complémentaire d'une somme payable par un employeur en vertu de la présente loi ne peut être établie par le Ministre en vertu du présent article plus de trois ans après la fin de l'année au cours de laquelle aurait dû être payée la cotisation ou l'une des cotisations pour lesquelles cette somme est payable, sauf si l'employeur a fait une fausse déclaration ou commis une fraude en fournissant à ce sujet une déclaration écrite ou d'autres renseignements en application de la présente Partie.

A mon avis, il est impossible de recourir à l'art. 70 pour étayer des arguments qui ne peuvent être retenus en vertu de l'art. 64 de la Loi et du Règlement établi sous son régime. Il confère expressément au ministre du Revenu national des pouvoirs plus larges que ceux qui sont donnés soit au fonctionnaire soit à la Commission en vertu du Règlement. Cela est mis en relief par les procédures d'appel prescrites aux art. 75, 84 et 85 de la Loi qu'il est inutile de reproduire. Il suffit de dire que l'art. 75 prévoit que le Ministre peut prendre

that an issue of assessment raised by a wrongful reduction of premium may be taken up by the Minister but the present case does not bring the Minister's authority into play.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant and the mis en cause: R. Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Doheny, Mackenzie, Grivakes, Gervais & Lemoyne, Montreal.

des mesures de sa propre initiative. Il est fort possible que le Ministre puisse prendre en main une question de cotisation qui découle d'une réduction erronée de taux de cotisation, mais la présente espèce ne fait pas intervenir le pouvoir du Ministre.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante et de la mise en cause: R. Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimée: Doheny, Mackenzie, Grivakes, Gervais & Lemoyne, Montréal.

CKCV (Québec) Limitée *Appellant*;

and

Canada Labour Relations Board *Respondent*;

and

National Association of Broadcast Employees and Technicians (AFL-CIO-CLC) and Sonia Labrecque *Mis en cause.*

1981: February 5; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour law — Application for review of description of bargaining unit — Canada Labour Relations Board — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a), (b) and (c) — Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 119.

Appellant is appealing from a judgment of the Federal Court of Appeal, which dismissed its action pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, challenging an order of respondent Board regarding the certificate of certification of the mis en cause Association. This order was prior to the amendment of the *Canada Labour Code* in 1977, and was therefore subject to review not only in the event of failure to observe a principle of natural justice or for want of jurisdiction, but also for an error of law or even an error of fact. The Association's application was for review of the description of the bargaining unit, pursuant to s. 119 of the Code. Appellant argued that it was actually a new application for certification of a bargaining unit, much larger and more extensive than the existing unit, that such an application should be heard and dealt with like an original application, and that the Board should therefore ascertain whether a majority of the persons concerned wished to be represented by the Association, and determine whether the unit extended in this manner constituted a unit appropriate for collective bargaining. It further maintained that the Board exceeded its jurisdiction by including free lancers in the bargaining unit.

Held: The appeal should be dismissed.

CKCV (Québec) Limitée *Appelante*;

et

Le Conseil canadien des relations du travail *Intimé*;

et

L'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion (FAT-COI-CTC) et Sonia Labrecque *Mises en cause.*

1981: 5 février; 1981: 11 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit du travail — Requête en révision de description d'unité de négociation — Conseil canadien des relations du travail — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28(1)a), b) et c) — Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 119.

L'appelante attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale qui rejetait son recours pris en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, à l'encontre d'une ordonnance du Conseil intimé relative au certificat d'accréditation de l'Association mise en cause. Cette ordonnance étant antérieure à l'amendement apporté au *Code canadien du travail* en 1977, était sujette à révision non seulement pour défaut d'observer un principe de justice naturelle ou d'excès de juridiction, mais aussi pour cause d'erreur de droit ou même d'erreur de fait. La requête de l'Association était une requête en révision d'une description de l'unité de négociation, formée en vertu de l'art. 119 du Code. L'appelante soutient qu'il s'agit plutôt d'une nouvelle demande en accréditation pour une unité de négociation beaucoup plus considérable et plus étendue que l'unité existante, qu'une telle requête doit être reçue et traitée comme s'il s'agissait d'une demande originale et qu'en conséquence le Conseil devait s'assurer qu'une majorité des personnes concernées désiraient être représentées par l'Association et déterminer si l'unité ainsi élargie constituait une unité habile à négocier collectivement. De plus, le Conseil aurait excédé sa juridiction en incluant des pigistes à l'unité de négociation.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The fact that the Board substituted the phrase "all the employees of CKCV ... " for the general phrase "the employees of CKCV ... ", followed by a list of positions included, had not the effect of enlarging the bargaining unit. The application made by the Association and the order made by the Board should not be confused. In the case at bar, the classifications already included amounted to sixteen positions, whereas the classifications covered by the application for review amounted to eighteen; but two of these eighteen positions were excluded by the Board; the seven free lance positions were also excluded; the seven temporary journalists and announcers were not mentioned in the order, nor were they in the earlier order; and with regard to the two other positions, which were not designated in the prior certificate, it is a matter for the Board to determine whether these are positions which should be excluded, and the Court was not shown any error by the Board in the determination which it made not to exclude them.

Canadian Overseas Telecommunications Union and Teleglobe Canada et al. (1979), 32 D.I. 270; *The Employees of the Regional Comptroller and the Canadian National Railways and the Canadian Brotherhood of Railway, Transport and General Workers* (1975), 9 D.I. 20, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], dismissing the action brought under s. 28 of the *Federal Court Act*. Appeal dismissed.

Roy L. Heenan and *Suzanne Thibodeau*, for the appellant.

François Mercier, Q.C., for the respondent.

André Joli-Cœur and *Claude Verge*, for the mis en cause Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Appellant is appealing from a decision of the Federal Court of Appeal handed down on September 18, 1978, which dismissed its action pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, challenging an order of the Canada Labour Relations Board (the Board), dated December 7, 1977, regarding the certificate of certification of the first mis en cause, the National Association of Broad-

[1] [1979] 2 F.C. 107.

Le fait pour le Conseil d'avoir substitué l'expression «tous les employés de CKCV ...» à la mention générale «les employés de CKCV ...» suivie d'une énumération de postes inclus, n'a pas eu pour effet de grossir l'unité de négociation. Par ailleurs, il ne faut pas confondre la demande formulée par l'Association, et l'ordonnance émise par le Conseil. En l'espèce, les classifications déjà incluses dans l'unité dénombraient seize postes tandis que les classifications visées par la demande de révision en dénombraient dix-huit. Mais deux de ces dix-huit postes ont été exclus par le Conseil; les sept postes de pigistes ont également été exclus; les sept journalistes et annonceurs surnuméraires ne sont pas mentionnés dans l'ordonnance pas plus qu'ils ne l'étaient dans l'ordonnance antérieure; quant aux deux autres postes, dont la désignation ne se trouvait pas dans le certificat antérieur, il est de la compétence du Conseil de déterminer s'il s'agit de postes qui doivent être exclus ou non et aucune erreur n'a été démontrée dans la détermination que le Conseil a faite de ne pas les exclure.

Jurisprudence: *Syndicat canadien des télécommunications transmarines et Téléglobe Canada et autres* (1979), 32 D.I. 270; *Employés du Contrôleur régional et le Canadien National et la Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres employés* (1975), 9 D.I. 21.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], rejetant la demande formée en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Pourvoi rejeté.

Roy L. Heenan et *Suzanne Thibodeau*, pour l'appelante.

François Mercier, c.r., pour l'intimé.

André Joli-Cœur et *Claude Verge*, pour l'Association mise en cause.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'appelante attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale du 18 septembre 1978 qui a rejeté son recours pris en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, à l'encontre d'une ordonnance du Conseil canadien des relations du travail (le Conseil), en date du 7 décembre 1977, relative au certificat d'accréditation de la mise en cause de première part, l'Association

[1] [1979] 2 C.F. 107.

cast Employees and Technicians (AFL-CIO-CLC), hereinafter referred to as the Association.

By that order, respondent Board varied its earlier order of April 25, 1963, deleting the description of the bargaining unit which it contained and substituting a new one.

The 1963 order, which itself amended the original order of May 21, 1954, described the bargaining unit as follows:

> ... the employees of CKCV (Québec) Limited, Quebec City, Quebec, comprising employees classified as announcer, radio announcer (female), newsman, technical operator, maintenance technician, script writer, stenotypist, record librarian, receptionist, record library clerk, clerk typist, office clerk, traffic clerk, schedule clerk, log clerk, and office boy (junior), excluding the general manager, manager, comptroller, staff supervisor, accountant, assistant accountant, engineer, program director, business manager, sales and traffic promotion manager, production chief, French and English-speaking secretaries to the general manager and the salesmen.

The new description which is at issue here reads as follows:

> All employees of CKCV (Québec) Limitée, excepting the general manager, his executive secretary, the program and information director, the sales manager, the technical director, the production director, the comptroller, the salesmen and the freelancers.

It should be noted that appellant bases its action on paras. (*b*) and (*c*) of subs. (1) of s. 28 of the *Federal Court Act* as well as on para. (*a*) of the said section. Its action predates the amendment to s. 122 of the *Canada Labour Code* in 1977-78 (Can.), c. 27, s. 43, as a result of which orders or decisions of the Board are now only subject to review under para. (*a*). This order was therefore subject to review not only in the event of the Board's failure to observe a principle of natural justice or for want of jurisdiction, but also for an error of law or even an error of fact, if the erroneous finding of fact was "made in a perverse

nationale des employés et techniciens en radiodiffusion (FAT-COI-CTC), ci-après appelée l'Association.

Par cette ordonnance, le Conseil intimé a modifié son ordonnance antérieure du 25 avril 1963 en supprimant la description de l'unité de négociation qui s'y trouvait et en lui en substituant une nouvelle.

L'ordonnance de 1963 qui elle-même modifiait l'ordonnance originale du 21 mai 1954, décrivait l'unité de négociation en ces termes:

> ... les employés de CKCV (Québec) Limitée, Québec (Québec), comprenant les employés classifiés comme annonceur, speakerine, préposé aux nouvelles, technicien opérateur, technicien de maintenance, scripteur, sténodactylo, discothécaire, réceptionniste, commis à la discothèque, commis-dactylo, commis de bureau, commis de trafic, commis à l'horaire, commis au cahier, garçon de bureau, à l'exclusion du gérant général, du gérant, du contrôleur, du directeur du personnel, du comptable, de l'assistant comptable, de l'ingénieur, du directeur des programmes, du directeur du service commercial, du directeur de la promotion des ventes et du trafic, du chef de la réalisation, de la secrétaire de langue française et de la secrétaire de langue anglaise du gérant général, et des vendeurs.

La nouvelle description qui fait l'objet du litige est formulée comme suit:

> Tous les employés de CKCV (Québec) Limitée, à l'exception du directeur général, de sa secrétaire exécutive, du directeur des émissions et de l'information, du directeur des ventes, du directeur technique, du directeur de la production, du contrôleur, des vendeurs, et des pigistes.

Il importe de noter que l'appelante fonde son recours tant sur les al. *b*) et *c*) du par. (1) de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* que sur l'al. *a*) du même article. Son recours est antérieur à l'amendement apporté à l'art. 122 du *Code canadien du travail* par la loi 1977-1978 (Can.), chap. 27, art. 43, par l'effet duquel les ordonnances ou décisions du Conseil ne sont dorénavant sujettes à révision que conformément à l'al. *a*). Cette ordonnance était donc sujette à révision non seulement pour défaut par le Conseil d'observer un principe de justice naturelle ou pour cause d'excès de juridiction, mais aussi pour cause d'erreur de droit ou

or capricious manner or without regard for the material before it".

The Association's application, which is at issue here, was submitted pursuant to s. 119 of the *Canada Labour Code*, which empowers the Board to "review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it".

At the outset, appellant objected that strictly speaking this was not an application for review under s. 119, but a new application for certification of a bargaining unit much larger and more extensive than the existing unit.

It said in its factum:

[TRANSLATION] In appellant's submission, the application was intended to widen the clearly defined bargaining unit so as to include persons who were never covered by the existing certification, and who were never considered by the mis-en-cause Association and by appellant as forming part of the bargaining unit, and to do so without the Association having first even determined whether these individuals wished to belong to it.

Appellant does not necessarily deny that a new bargaining unit can be defined as the result of an application for review under s. 119, but it submits that in such a case the application should be heard and dealt with like an original application for certification under ss. 124 *et seq.* of the Code. In particular, in appellant's submission:

—the application must be submitted within the period provided in s. 124 of the Code: appellant admitted that in the case at bar the application was submitted within the period provided in s. 124(2)(*c*) of the Code;

—the Board must ascertain that the union is representative of the group of employees which it is seeking to add to the unit;

—the Board must ascertain that the union is representative of the new unit created;

même d'erreur de fait si la conclusion de fait erronée était «tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.»

La requête de l'Association qui est à l'origine du litige était formée en vertu de l'art. 119 du *Code canadien du travail* qui permet au Conseil de «réviser, annuler ou modifier toute décision ou ordonnance rendue par lui.»

Dès le début, l'appelante a objecté qu'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une requête en révision en vertu de l'art. 119, mais d'une nouvelle demande en accréditation pour une unité de négociation beaucoup plus considérable et plus étendue que l'unité existante.

Elle s'exprime ainsi dans son factum:

Selon l'appelante, la requête visait à élargir l'unité de négociation clairement définie pour y inclure des personnes qui ne furent jamais couvertes par l'accréditation existante et qui ne furent jamais considérées par l'Association mise en cause et par l'appelante comme faisant partie de l'unité de négociation et ceci sans même que l'Association n'ait d'abord vérifié la volonté de ces personnes d'en faire partie.

L'appelante ne nie pas nécessairement qu'une nouvelle unité de négociation puisse être définie par suite d'une requête en révision sous l'art. 119, mais elle soumet qu'en pareil cas la requête doit être reçue et traitée comme s'il s'agissait d'une demande originale en accréditation en vertu des art. 124 et suivants du Code. Il faut notamment, suivant l'appelante:

—que la requête soit présentée à l'époque prévue par l'art. 124 du Code. L'appelante reconnaît que dans l'espèce la requête fut présentée dans le délai prévu à l'al. 124(2)*c*) du Code;

—que le Conseil vérifie le caractère représentatif du syndicat au sein du groupe d'employés qu'il désire ajouter à l'unité;

—que le Conseil vérifie le caractère représentatif du syndicat au sein de la nouvelle unité constituée;

—the Board must ascertain whether the new unit is appropriate, that is, it must ensure that the unit is appropriate for collective bargaining.

The following two paragraphs contained in the Board's order should be noted:

AND WHEREAS, following investigation and consideration of the submissions of the parties concerned, the Board is satisfied that the unit described hereunder is appropriate for collective bargaining;

AND WHEREAS the Board is satisfied that a majority of the employees in the employ of the said employer on December 2, 1977, and comprising part of the bargaining unit described below, wish to have the applicant represent them as their bargaining agent.

Briefly, the points raised by appellant in this appeal are:

[TRANSLATION] 1. Respondent Board, in its decision, limited itself to ascertaining whether the mis-en-cause Association was representative of the bargaining unit the complement of which it had almost doubled. However, under the Canada Labour Code respondent Board was under a duty to ascertain whether a majority of the persons whom it had decided to include in the existing unit wished to be represented by the mis-en-cause Association.

2. Since by its application the mis-en-cause Association sought to include in the bargaining unit a group of eighteen (18) persons performing duties which had always been excluded from this unit, it clearly had the burden of showing that the bargaining unit whose complement it sought to double was a unit appropriate for collective bargaining pursuant to sections 124 et seq. of the Canada Labour Code. Under these sections of the Code, respondent Board had a duty to determine, in light of evidence on this point, whether the unit extended in this manner constituted a unit appropriate for collective bargaining.

3. Respondent Board exceeded its jurisdiction by including free lancers in the bargaining unit, while the evidence showed that they are not employees within the meaning of section 107 of the Canada Labour Code, but independent contractors. Respondent Board also exceeded its jurisdiction by including free lancers in the existing bargaining unit in the absence of any evidence on the appropriate nature of a unit covering free lancers.

—que le Conseil vérifie le caractère approprié de la nouvelle unité, c'est-à-dire qu'il détermine qu'elle constitue une unité habile à négocier collectivement.

Il convient de noter les deux attendus suivants contenus dans l'ordonnance du Conseil:

ET ATTENDU QUE, après enquête sur la requête et étude des représentations des parties concernées, le Conseil est convaincu que l'unité ci-après décrite est habile à négocier collectivement;

ET ATTENDU QUE le Conseil est convaincu que la majorité des employés à l'emploi dudit employeur le 2 décembre 1977 et faisant partie de l'unité ci-après décrite, veut que la requérante les représente à titre d'agent négociateur.

Voici en bref les moyens soulevés par l'appelante dans ce pourvoi:

1. Le Conseil intimé, dans sa décision, s'est borné à vérifier le caractère représentatif de l'Association mise en cause au sein de l'unité de négociation dont il avait presque doublé les effectifs. En vertu du Code canadien du travail, le Conseil intimé avait cependant l'obligation de vérifier si la majorité des personnes qu'il décida d'inclure à l'unité existante désiraient être représentées par l'Association mise en cause.

2. Vu que par sa requête l'Association mise en cause visait à inclure à l'unité de négociation un groupe de dix-huit (18) personnes travaillant à des fonctions qui avaient toujours été exclues de cette unité, elle avait clairement le fardeau de prouver que l'unité de négociation dont elle visait à doubler les effectifs était une unité habile à négocier collectivement conformément aux articles 124 et suivants du Code canadien du travail. En vertu de ces mêmes articles du Code, le Conseil intimé avait l'obligation de déterminer, à la lueur d'une preuve sur ce point, si l'unité ainsi élargie constituait une unité habile à négocier collectivement.

3. Le Conseil intimé a excédé sa juridiction en incluant à l'unité de négociation des pigistes alors que la preuve avait démontré qu'ils ne sont pas des employés au sens de l'article 107 du Code canadien du travail mais des entrepreneurs indépendants. Le Conseil intimé a également excédé sa juridiction en incluant des pigistes à l'unité de négociation existante en l'absence de preuve sur le caractère approprié d'une unité couvrant des pigistes.

In these three respects, appellant submitted, the Board exceeded its jurisdiction and its order should be quashed.

The Association submitted that the matter is quite different. It simply made an application for review, for updating, of a description which had become obsolete as a result of changes in the employer's work organization and the classification of positions. Counsel for the Association stated:

[TRANSLATION] ... For our part, we maintain that appellant is creating a problem where none exists: the application submitted to the Board is not one which the latter should examine to determine whether it is appropriate and representative, since in contrast with cases in which substantial changes to the certificate of certification are requested, the application by the mis-en-cause Association was intended merely to clarify the certificate already issued.

This was also the opinion of the Board, which wrote in its reasons[2] in support of the order:

The certified Association sought through its application to have the order amended to take into account a number of changes in the classification list that had resulted from the passage of time and from changes in the employer's structures and operational methods. It alleged that the description inadequately reflected the present situation.

To give some examples, the 1963 order took into account such classifications as: woman announcer, news clerk, shorthand typist, record library clerk, office clerk, schedule clerk, records clerk, office boy, manager, personnel director, accountant, assistant accountant, engineer, program director, commercial unit director, sales promotion and marketing director, production head, French-speaking secretary and English-speaking secretary. The evidence showed that each of these classifications had either ceased to exist or had been given a new name.

As a result of its investigation and its hearing of the parties, the Board was able to note in minute detail all the changes made and was in a position to make the necessary amendments.

The 1963 description of the bargaining unit began with the general phrase "employees of CKCV (Québec) Limited, Quebec City, Quebec". This was followed by the words "comprising employees classified as ..." followed by a list of

[2] (1977), 23 D.I. 104.

A ces trois égards, toujours selon l'appelante, le Conseil a excédé sa juridiction et son ordonnance doit être annulée.

Selon l'Association, il n'en est rien. Il s'agissait d'une simple demande de révision, de mise à jour d'une description devenue désuète par suite des changements survenus dans l'organisation du travail chez l'employeur et dans la désignation des postes. Les procureurs de l'Association écrivent:

... Pour notre part, nous prétendons que l'appelante soulève un faux problème car la demande présentée au Conseil n'en n'est pas une où celui-ci devrait s'interroger sur le caractère approprié et représentatif puisque contrairement aux cas où des changements substantiels au certificat d'accréditation sont recherchés, la demande formulée par l'Association mise-en-cause ne visait qu'à clarifier le certificat déjà émis.

Ce fut bien aussi l'avis du Conseil qui écrit dans ses motifs[2] à l'appui de son ordonnance:

Par sa requête, l'association accréditée cherche à faire modifier l'ordonnance pour tenir compte d'un nombre de changements dans cette nomenclature résultant du passage du temps et de modifications dans les structures et les modes d'opération de l'employeur. La description était devenue inadéquate face aux réalités actuelles.

C'est ainsi, par voie d'illustration, que l'ordonnance de 1963 faisait état de classifications telles que: speakerine, préposé aux nouvelles, sténo-dactylo, commis à la discothèque, commis de bureau, commis à l'horaire, commis au cahier, garçon de bureau, gérant, directeur du personnel, comptable, assistant-comptable, ingénieur, directeur des programmes, directeur du service commercial, directeur de la promotion des ventes et du trafic, chef de la réalisation, secrétaire de langue française, secrétaire de langue anglaise. Or la preuve a révélé que toutes ces classifications étaient disparues ou qu'on en avait changé les titres.

Grâce à son enquête et à l'audition des parties, le Conseil a pu relever minutieusement tous les changements intervenus et est à même de faire les modifications qui s'imposent.

La description de 1963 de l'unité de négociation commençait par la mention générale «les employés de CKCV (Québec) Limitée, Québec (Québec)». Venaient ensuite les mots «comprenant les employés classifiés comme ...» suivis d'une énumé-

[2] (1977), 23 D.I. 104.

the positions included. This in turn was followed by a list of excluded positions.

In *Canadian Overseas Telecommunications Union and Teleglobe Canada et al.*[3], referring to the practice of its predecessor the Canada Labour Relations Board, the Board wrote, at pp. 306-7:

The Board is fully conscious that because of the practice of the predecessor Board to define bargaining units by way of an enumeration of classifications, there exists a considerable number of certification orders which, upon re-examination, could turn out to be far removed from the current realities in the enterprises where they are in existence. Indeed, almost every time that a party decides to deal with one, that file becomes a major issue before this Board.

As it is now well known, this Board has executed a significant turn in this connection in all applications for initial certifications, and its policy is to define bargaining units in universal terms:

"all employees of . . . excluding . . ."

I should say at once that in my opinion the fact that the Board substituted the phrase "all the employees of CKCV (Québec) Limitée" for the general phrase "the employees of CKCV (Québec) Limited, Quebec City, Quebec", followed by a list of positions included, had not the effect of enlarging the bargaining unit. Clearly, from the point of view of grammar, "the employees of CKCV (Québec) Limited, Quebec City, Quebec" already covered all CKCV employees, apart from the exclusions specified, and the fact of placing after this phrase a list of the positions included did not have the effect of adding or deleting positions. Also, the Association and the Board represented to this Court that the 1963 certification certificate in fact covered all employees of CKCV, apart from exclusions.

However, this does not resolve the issue, as there could have been an addition to the bargaining unit as a result of the Board's refusal to exclude positions which appellant sought to exclude. In its submission, the Board's decision had the effect [TRANSLATION] "of almost doubling the complement of the Association", without determining whether the Association was representative of the

[3] (1979), 32 D.I. 270.

tion de postes inclus. Suivait enfin une énumération de postes exclus.

Dans *Syndicat canadien des télécommunications transmarines et Téléglobe Canada et autres*[3], référant à la pratique de son prédécesseur le Conseil canadien des relations ouvrières, le Conseil écrit aux pp. 306 et 307:

Le Conseil est bien conscient que, selon la pratique du Conseil canadien des relations ouvrières de définir les unités de négociation par voie d'énumération de classifications, il existe un nombre considérable de certificats d'accréditation, qui, au réexamen, s'avéreraient très éloignés des réalités actuelles dans les entreprises où elles ont cours. D'ailleurs, presqu'à chaque fois qu'une partie décide d'en toucher une, le dossier devient une affaire majeure devant le Conseil.

Pour sa part, comme on le sait, ce Conseil a donné un coup de barre à ce sujet dans toute requête pour accréditation initiale et sa politique est de définir les unités de négociation en termes universels:

«tous les employés de . . . à l'exclusion de . . .»

Je dirai dès à présent qu'à mon avis le fait pour le Conseil d'avoir substitué l'expression «tous les employés de CKCV (Québec) Limitée», à la mention générale «les employés de CKCV (Québec) Limitée, Québec (Québec)», suivie d'une énumération de postes inclus n'a pas eu pour effet de grossir l'unité de négociation. Au simple point de vue grammatical la mention générale «les employés de CKCV (Québec) Limitée, Québec (Québec)» visait déjà tous les employés de CKCV sauf les exclusions spécifiées et le fait de faire suivre cette mention d'une énumération des postes inclus n'avait pas pour effet d'ajouter ou de retrancher des postes. Et l'Association et le Conseil nous ont par ailleurs représenté que le certificat d'accréditation de 1963 visait de fait tous les employés de CKCV sauf les exclusions.

Ceci toutefois ne clôt pas le débat car il pouvait être ajouté à l'unité de négociation par le refus du Conseil d'exclure des postes dont l'appelante demandait l'exclusion. Selon elle la décision du Conseil a eu pour effet «de presque doubler les effectifs de l'Association», sans déterminer le caractère représentatif de l'Association au sein des employés ajoutés non plus qu'au sein de la nouvelle

[3] (1979), 32 D.I. 270.

employees added or of the new unit and without determining whether it was appropriate, while furthermore, including in the unit independent contractors, namely free lancers.

In *The Employees of the Regional Comptroller and the Canadian National Railways and the Canadian Brotherhood of Railway Transport and General Workers*[4], the Board at pp. 25-26 analysed the effect of s. 119 of the *Canada Labour Code* as follows;

1. Where a bargaining agent has been certified by a decision of the CLRB, at a later date the Board may be asked to review its original order to enlarge or to otherwise alter the bargaining unit for which the bargaining agent is certified. Such an application, although filed under Section 119 of the Code, is basically of the same nature as an application for certification. In such a case, if the application is granted, the revised order will be substantially different from the original one and, accordingly, such an application may only be granted if the applicant meets the basic requirements laid down in the Code for the granting of the original order.

2. Whenever an order or decision of the Board has a continuing effect, and this is typically the case where a Certification Order has been issued, various circumstances may change which may require corresponding amendments or clarifications of the Board's original decision. For example, the name of the bargaining agent or that of the employer may have changed or the classification titles referred to in the Board's order may be replaced by new ones. Alternatively, new classifications may have been created and it may be unclear whether they are dealt with by the Board's original decision. In such case, an application may be filed under Section 119 asking the Board to review and alter its decision or to clarify it. Here, an eventual decision or application for review will not change the nature and effect of the original Board's order. It will simply update or clarify the wording of the decision and accordingly, the Board must simply be satisfied that these changes are in order.

3. A party which is dissatisfied with an order or decision of the Board may also apply to the Board under Section 119 of the Act, asking it to review and reconsider its original decision and to issue a new order or decision. It

[4] (1975), 9 D.I. 20.

unité, sans déterminer son caractère approprié et, au surplus, en faisant en sorte que soient compris dans l'unité des entrepreneurs indépendants, soit des pigistes.

Dans *Les Employés du Contrôleur régional et le Canadien National et la Fraternité canadienne des cheminots, employés des transports et autres employés*[4], le Conseil a, aux pp. 26 et 27, analysé la portée de l'art. 119 du *Code canadien du travail* en ces termes:

1. Lorsqu'un agent négociateur a été accrédité par décision du CCRT, le Conseil peut se voir demander à une date ultérieure de réviser son ordonnance originale de manière à agrandir ou à modifier de quelque autre manière l'unité de négociation à l'égard de laquelle l'agent négociateur a été accrédité. Une telle demande, même si elle est présentée en vertu de l'article 119 du Code, est fondamentalement de même nature qu'une demande d'accréditation. Dans un cas pareil, si le Conseil fait droit à la demande, l'ordonnance révisée sera substantiellement différente de l'originale et, en conséquence, le Conseil ne peut faire droit à une telle demande que si le demandeur satisfait aux exigences fondamentales du Code qui s'appliquaient à la demande originale.

2. Lorsqu'une ordonnance ou une décision du Conseil a un effet continu, et c'est précisément le cas lorsqu'une ordonnance d'accréditation a été rendue, diverses circonstances peuvent changer, et des modifications ou des éclaircissements correspondants dans la décision originale du Conseil peuvent alors s'imposer. Par exemple, le nom de l'agent négociateur ou celui de l'employeur peuvent avoir changé, ou les titres de classifications mentionnés dans l'ordonnance du Conseil peuvent être remplacés par de nouveaux. Ou encore, de nouvelles classifications peuvent avoir été créées et on peut se demander si elles sont visées par la décision originale du Conseil. Dans un pareil cas, une demande peut être adressée au Conseil, en vertu de l'article 119, pour qu'il révise ou clarifie sa décision. Dans ce cas, une décision éventuelle sur la demande de révision ne changera pas la nature et l'effet de l'ordonnance originale du Conseil. Elle ne fera que mettre à jour ou clarifier le libellé de la décision et, en conséquence, le Conseil doit simplement s'assurer que ces modifications s'imposent.

3. Une partie insatisfaite d'une ordonnance ou d'une décision du Conseil peut également présenter une demande à ce dernier, en vertu de l'article 119 du Code, pour qu'il revise et étudie à nouveau sa décision origi-

[4] (1975), 9 D.I. 21.

will be noted that, whereas the situations described above may lead to a new decision of the Board as a result of a demand or as a result of circumstances that were different when the Board rendered its original decision, the situation described here is different: the Board is simply being asked to reconsider its decision because it is alleged that the decision was erroneous.

Although these three situations may lead to the filing with the Board of an application in accordance with the provisions of Section 119 of the Canada Labour Code, it is clear that the resulting applications for review cannot all be dealt with in the same manner or subjected to the same requirements. In the first instance, a new demand is presented to the Board by way of an application for review. If the application is granted, a new order or decision will issue to amend or replace the original decision. In such a case, the Board's decision on the application for review may substantially alter the original decision but the change will have no retroactive effect. In the second case, the application for review will lead to clerical or technical changes in or to clarification of the Board's original order or decision but without substantially affecting the nature or effect of the original order. In the third case, however, the Board is being asked to review and change an order or decision issued by it on the basis that the Board's original decision was wrong or otherwise mistaken. If it is granted, the Board's original decision or order may be substantially modified with the result that two different Board's [*sic*] decisions could be rendered on the same original application; of course, the second decision would then supersede and replace the original one. In this case, the application for review bears some similarity to a motion for setting aside a judgment.

Appellant is not disputing the principles stated by the Board, which tie in with its arguments, especially as regards an application contemplated by paragraph 1 which "is basically of the same nature as an application for certification", and as to which the Board stated that "such an application may only be granted if the applicant meets the basic requirements laid down in the Code for the granting of the original order".

nale et rende une nouvelle ordonnance ou décision. Il est à noter que, tandis que les situations décrites ci-dessus peuvent aboutir à une nouvelle décision du Conseil comme résultat d'une demande ou de circonstances qui étaient différentes lorsque le Conseil a rendu sa décision originale, la situation décrite ici est différente: on demande simplement au Conseil de reconsidérer sa décision parce qu'elle serait erronée.

Bien que les trois situations puissent aboutir à la présentation au Conseil de demandes de révision conformément aux dispositions de l'article 119 du Code canadien du travail, il est clair que ces demandes ne peuvent pas toutes être traitées de la même manière ou soumises aux mêmes exigences. Dans le premier cas, une nouvelle demande est présentée au Conseil sous forme de demande de révision. Si le Conseil fait droit à la demande, une nouvelle ordonnance ou décision sera rendue de manière à modifier ou à remplacer la décision originale. Dans un tel cas, la décision du Conseil à propos de la demande de révision peut sensiblement modifier la décision originale, mais les modifications n'auront aucun effet rétroactif. Dans le deuxième cas, les changements demandés dans la demande de révision n'exigeraient qu'un travail de copiste ou d'ordre technique ou qu'une précision à apporter à l'ordonnance ou à la décision originale du Conseil, mais sans modification sensible de la nature ou de l'effet de l'ordonnance originale. Dans le troisième cas, toutefois, on demande au Conseil de réviser et de modifier une ordonnance ou une décision qu'il a rendue parce que sa décision originale était mauvaise ou erronée. Si le Conseil fait droit à la demande, sa décision ou son ordonnance originales peuvent être modifiées de façon substantielle, ce qui fait que le Conseil peut rendre deux décisions distinctes sur la même demande originale; il va sans dire que la seconde décision annule et remplace alors la décision originale. Dans ce cas, la demande de révision comporte une certaine similitude avec une demande de rétractation de jugement.

L'appelante ne conteste pas les principes énoncés par le Conseil qui rejoignent ses prétentions, notamment en ce qui concerne une demande visée au paragraphe 1 qui «est fondamentalement de même nature qu'une demande d'accréditation», et au sujet de laquelle le Conseil dit qu'il «ne peut faire droit à une telle demande que si le demandeur satisfait aux exigences fondamentales du Code qui s'appliquaient à la demande originale.»

However, appellant argued that in the case at bar these basic requirements should be applied and have not been.

It is thus necessary to analyse the original application of the Association and the Board's order, to determine the scope of the latter and whether the Board omitted to observe the principles which it stated itself.

The application of the Association, which dates from December 28, 1976, read as follows:

[TRANSLATION] We are asking the Board to revise the certificate of certification issued on April 25, 1963 so as to reflect a bargaining unit described as follows: "All employees of the employer except for the general manager, the secretary to the general manager, the comptroller, the program manager and the sales manager".

Under the heading of information requested in s. 32 of the Regulations of the Board, there is the following paragraph, which was greatly stressed by appellant:

> [TRANSLATION] (*d*) In view of the standards for exclusion and inclusion which the Board has formulated since it was created, the union feels that the unit requested hereby would be more appropriate for collective bargaining. Additionally, the certificate amended on April 25, 1963 is in our opinion outdated.

The parsimony with which the Association suggested exclusions, together with the statement that "the union feels that the unit requested hereby would be more appropriate for collective bargaining", might have justified appellant in regarding this as an application for certification of a new unit, different from the existing unit. However, the application submitted by the Association differs greatly from the order issued by the Board.

In accordance with the representations of the parties before the hearing, the following table was prepared for use by the Board, by one of its employees, of positions existing within appellant's business, with the number of occupants alongside each position.

[TRANSLATION]

A. *Classifications already included*

Telephone receptionist	1
Assistant information manager	1

Mais l'appelante soutient qu'en l'espèce ces exigences fondamentales devaient être appliquées et qu'elles ne l'ont pas été.

Il faut donc analyser la demande originale de l'Association et l'ordonnance du Conseil pour déterminer la portée de celle-ci et déterminer si le Conseil a omis d'observer les principes qu'il a lui-même énoncés.

La demande de l'Association qui remonte au 28 décembre 1976, se lisait comme suit:

Nous demandons au Conseil de reviser le certificat d'accréditation émis le 25 avril 1963 de façon à refléter une unité de négociation décrite comme suit: «Tous les employés de l'employeur à l'exception du directeur général, de la secrétaire du directeur général, du contrôleur, du directeur des émissions et du directeur des ventes.»

Sous la rubrique des renseignements demandés à l'art. 32 des Règlements du Conseil, l'on retrouve l'alinéa suivant dont l'appelante a fait grand état:

> *d*) Considérant les critères d'exclusions et d'inclusions que le conseil a élaborés depuis sa création, le syndicat croit que l'unité demandée dans la présente, serait plus apte à négocier collectivement. De plus le certificat amendé le 25 avril 1963 nous apparaît périmé.

La parcimonie avec laquelle l'Association a suggéré des exclusions, jointe à l'énoncé que «le syndicat croit que l'unité demandée dans la présente, serait plus apte à négocier collectivement», pouvait peut-être justifier l'appelante de voir là une demande en accréditation d'une unité nouvelle et différente de l'unité existante. Mais de la demande formulée par l'Association à l'ordonnance émise par le Conseil il y a loin.

A la lumière des représentations des parties avant l'enquête, le tableau suivant a été dressé à l'intention du Conseil, par l'un de ses employés, des postes existant au sein de l'entreprise de l'appelante, avec en regard de chacun le nombre de titulaires.

A. *Classifications déjà incluses*

Téléphoniste réceptioniste	1
Directeur adjoint à l'information	1

Clerk-typist	1
Traffic (clerk)	1
Journalists	4
Sports journalist	1
Production (commercial producer)	1
Announcers	3
Record librarian	1
Production operator	1
Technician	1

B. *Classifications covered by the application for review*

Technical director	1
Secretary to comptroller	1
Free lance court reporter	1
Free lance announcer	1
Free lancers	5
Temporary journalists	3
Temporary announcers	4
Traffic and promotion manager	1
Sales secretary	1

C. *Excluded classifications*

General manager	1
Program and information manager	1
Sales manager	1
Executive secretary	1
Comptroller	1
Advertising consultants	4

It can be seen from this table that the classifications already included amounted to sixteen positions, whereas the classifications "covered by the application for review" amounted to eighteen. This is why appellant concluded that, taking into account the exclusions approved by the Board, its order had the effect of "almost doubling the complement of the Association".

Appellant asked that all positions contained in paragraph B of the foregoing table be excluded.

It can be seen from reading the new certificate of certification that the technical director and the production director (described in the table as traffic and promotion manager) are excluded.

There are seven free lance positions in the table. It appears from the order of the Board that the free lancers are excluded, expressly and without distinction.

Commis dactylo	1
Trafic (commis)	1
Journalistes	4
Journaliste sportif	1
Production (réalisateur commercial)	1
Annonceurs	3
Discothécaire	1
Opérateur production	1
Technicien	1

B. *Classifications visées par la demande de révision*

Directeur technique	1
Secrétaire au contrôleur	1
Chroniqueur judiciaire pigiste	1
Pigiste annonceur	1
Pigistes	5
Journalistes surnuméraires	3
Annonceurs surnuméraires	4
Directeur trafic et promotion	1
Secrétaire aux ventes	1

C. *Classifications exclues*

Directeur général	1
Directeur des émissions et de l'information	1
Directeur des ventes	1
Secrétaire exécutive	1
Contrôleur	1
Conseillers publicitaires	4

L'on constate par ce tableau que les classifications déjà incluses dénombraient seize postes tandis que les classifications «visées par la demande de révision» en dénombraient dix-huit. C'est ce qui a fait dire à l'appelante que, compte tenu des exclusions retenues par le Conseil, son ordonnance avait pour effet de «presque doubler les effectifs de l'Association.»

L'appelante demandait l'exclusion de tous les postes compris dans le paragraphe B du tableau ci-dessus.

L'on constate à la lecture du nouveau certificat d'accréditation que le directeur technique et le directeur de la production (décrit comme directeur trafic et promotion dans le tableau) sont exclus.

Au tableau figurent sept postes de pigistes. Il appert de l'ordonnance du Conseil que les pigistes sont exclus, expressément et sans distinction.

Appellant concluded from the following passage, contained in the reasons for decision of the Board, that the free lancers were included:

It is certain that genuine free-lancers are not employees within the meaning of the Code, and that this classification must be excluded, as the Board has decreed. However, it is essential that the excluded free-lancers be those who satisfy the desired criteria. Otherwise, if their duties are the same as those performed by other employees of the employer, there is no cause for their being excluded from the appropriate bargaining unit if these other employees belong to the appropriate unit already determined by the Board and reviewed in the present case. Having heard and studied the extensive evidence in this regard and having excluded the classification of free-lancer after deliberating on this point, the Board wishes to point out that the only free-lancers to which this exclusion applies are Messrs. Robert Dupuis and Michel Guillot.

In my view, this passage has no legal effect. The reasons for judgment and the order of the Board are two separate documents. The reviewed certificate of certification issued by the order simply excludes free lancers. This order does not have the effect of determining which persons are included in the classification. That is another question, which of course is within the jurisdiction of the Board, but which certainly cannot be resolved by a remark or explanatory note in the reasons in support of an order of the Board reviewing the description of the bargaining unit.

Then there are the temporary journalists, three in number, and the four temporary announcers. No mention was made of temporary employees in the order. However, the prior order does not mention temporary employees either. It indicates that journalists and announcers are included in the bargaining unit without any distinction based on their temporary status, and in my view the new certificate in no way alters this. The new certificate of certification neither includes nor excludes temporary journalists and announcers any more than does the old one. If they were not included because they were not employees within the meaning of the *Canada Labour Code*, or for any other reason, they are no more so now. If they were included, they remain so. Here again, as I stated with regard to free lancers, I would say that this is

Ce qui fait dire à l'appelante que des pigistes ont été inclus c'est le passage suivant que l'on retrouve dans les motifs de la décision du Conseil:

Il ne fait aucun doute que les pigistes véritables ne sont pas des employés au sens du Code et que cette classification doit être exclue, ce que le Conseil a décrété. Mais encore faut-il que les pigistes exclus soient ceux qui rencontrent les critères voulus. Autrement, si leurs fonctions sont les mêmes que celles accomplies par d'autres employés de l'employeur, il n'y a pas lieu qu'ils soient exclus de l'unité de négociation appropriée si ces autres employés font partie de l'unité appropriée déjà décrétée par le Conseil et révisée par la présente cause. Après avoir entendu et étudié une longue preuve à cet égard, le Conseil, après avoir délibéré et exclu la classification du pigiste, souligne que les seuls pigistes visés par cette exclusion sont MM. Robert Dupuis et Michel Guillot.

A mon avis, ce passage est sans effet juridique. Les motifs de décision et l'ordonnance du Conseil constituent deux documents distincts. Le certificat d'accréditation révisé émis par l'ordonnance exclut les pigistes purement et simplement. Cette ordonnance n'a pas pour effet de déterminer quelles personnes sont comprises dans cette classification. Il s'agit d'un autre débat qui est de la compétence du Conseil bien sûr, mais qui ne saurait être tranché par une remarque ou note explicative dans les motifs au soutien d'une ordonnance du Conseil révisant la description de l'unité de négociation.

Viennent ensuite les journalistes surnuméraires au nombre de trois et les annonceurs surnuméraires au nombre de quatre. Aucune mention n'est faite dans l'ordonnance au sujet d'employés surnuméraires. Mais il n'y avait aucune mention non plus d'employés surnuméraires dans l'ordonnance antérieure. L'on y voit que les journalistes et les annonceurs sont inclus dans l'unité de négociation sans distinction quant au statut de surnuméraire ou non et à cela, à mon avis, le nouveau certificat ne change rien. Les journalistes et annonceurs surnuméraires ne sont ni plus ni moins inclus ou exclus par le nouveau certificat d'accréditation que par l'ancien. S'ils n'étaient pas inclus parce que n'étant pas des employés au sens du *Code canadien du travail* ou pour toute autre raison, ils ne le sont pas davantage. S'ils l'étaient ils le sont demeurés.

another question which is not resolved by the new certificate of certification.

That leaves only the comptroller's secretary (secretary to comptroller in the table) and the sales manager's secretary (sales secretary in the table). These two positions were not designated in this manner in the prior certificate. It is clearly a matter for the Board to determine whether these are positions which should be excluded, and the Court was not shown any error by the Board in the determination which it made not to exclude them.

I am of the opinion that the changes made by the Board do not alter the nature and scope of the certificate of certification and of the bargaining unit, and that this was an order of review, not an order issuing a certificate of certification for a new bargaining unit. Accordingly, I conclude that the Board did not exceed its jurisdiction, that it did not fail to observe the principles applicable to an application for review under s. 119 of the *Canada Labour Code*, and that it committed no error of law or fact which could be a basis for quashing its order.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier & Cobbett, Montreal.

Solicitors for the respondent: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montreal.

Solicitors for the National Association of Broadcast Employees and Technicians: Langlois, Drouin & Associés, Quebec.

Comme je l'ai dit à propos des pigistes, ici encore je dois dire qu'il s'agit là d'un autre débat qui n'est pas tranché par le nouveau certificat d'accréditation.

Il ne reste donc que la secrétaire du contrôleur (secrétaire au contrôleur dans le tableau) et la secrétaire du directeur des ventes (secrétaire aux ventes dans le tableau). Il s'agit de deux postes dont la désignation en ces termes ne se trouvait pas dans le certificat antérieur. Il est nettement de la compétence du Conseil de déterminer s'il s'agit de postes qui doivent être exclus ou non et il ne nous a pas été démontré d'erreur de la part du Conseil dans la détermination qu'il a faite de ne pas les exclure.

Je suis d'avis que les modifications apportées par le Conseil ne changent pas la nature et la portée du certificat d'accréditation et de l'unité de négociation et qu'il s'agit d'une ordonnance de révision et non pas d'une ordonnance émettant un certificat d'accréditation d'une nouvelle unité de négociation. Partant, je suis d'avis que le Conseil n'a pas excédé sa juridiction, qu'il n'a pas fait défaut d'observer les principes applicables à une requête en révision en vertu de l'art. 119 du *Code canadien du travail* et qu'il n'a pas commis d'erreur de droit ou de fait justifiant l'annulation de son ordonnance.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier & Cobbett, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Stikeman, Elliott, Tamaki, Mercier & Robb, Montréal.

Procureurs de l'Association nationale des employés et techniciens en radiodiffusion: Langlois, Drouin & Associés, Québec.

Le Comité régional des usagers des transports en commun de Québec *Appellant*;

and

Quebec Urban Community Transit Commission *Respondent.*

1981: February 11; 1981: May 11.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Authorization to bring a class action — Colour of right — Meaning of the phrase "seem to justify" — Obligations of carrier — Commencing legal action and putting in default — Code of Civil Procedure, arts. 752, 847, 1002, 1003(b) — Civil Code, arts. 1067, 1673.

Following a strike by respondent's bus drivers, appellant, acting on behalf of pass holders, applied for authorization to bring a class action against respondent for a refund of part of the cost of the passes and damages. The Superior Court allowed the motion, but its judgment was reversed by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed.

The matter for decision was essentially whether under para. (*b*) of art. 1003 of the *Code of Civil Procedure* the Court, in order to authorize institution of the class action, must decide the merits in law of the conclusions, having regard to the facts alleged, or whether it was sufficient that the allegations supported the conclusions *prima facie* or disclosed a colour of right. There was no basis for applying to the phrase "the facts alleged seem to justify the conclusions sought", in art. 1003(*b*), the meaning of the phrase "the facts alleged justify the conclusions sought" contained in art. 847, regarding the remedy in evocation, as the words "seem to justify" and "justify" could not have the same effect. The phrase "seem to justify" meant that there must be in the judge's view a good colour of right in order for him to authorize the action, though he was not thereby required to make any determination as to the merits in law of the conclusions, in light of the facts alleged.

Additionally, the respondent had a legal obligation to the users, and this obligation derived not from respondent's enabling Act but from the obligation of conveyance imposed on all public carriers by art. 1673 of the *Civil Code*; similarly, the statement in the pass holders' handbook that "Passes are not refundable" did not mean

Le Comité régional des usagers des transports en commun de Québec *Appelant*;

et

La Commission des transports de la Communauté urbaine de Québec *Intimée.*

1981: 11 février; 1981: 11 mai.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Autorisation d'exercice du recours collectif — Apparence de droit — Sens de l'expression «paraissent justifier» — Obligations du voiturier — Interpellation judiciaire et mise en demeure — Code de procédure civile, art. 752, 847, 1002, 1003 b) — Code civil, art. 1067, 1673.

Suite à une grève des chauffeurs d'autobus de l'intimée, l'appelant, au nom des détenteurs de laissez-passer, demanda l'autorisation d'exercer un recours collectif contre l'intimée, en remboursement d'une partie du prix des laissez-passer et en dommages-intérêts. La Cour supérieure a accueilli la requête, mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Il s'agit essentiellement de déterminer si aux termes de l'al. *b*) de l'art. 1003 du *Code de procédure*, le tribunal pour autoriser l'exercice du recours collectif doit se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués, ou s'il suffit que les allégués justifient les conclusions *prima facie* ou dévoilent une apparence de droit. Il n'y a pas lieu d'appliquer à l'expression «les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées» de l'al. 1003*b*), le sens de l'expression «les faits allégués justifient les conclusions recherchées», contenue à l'art. 847, relatif au recours en évocation, les mots «paraissent justifier» et «justifient» ne pouvant avoir la même portée. L'expression «paraissent justifier» signifie qu'il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit pour qu'il autorise le recours, sans pour autant qu'il ait à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués.

Par ailleurs, il existe une obligation légale de l'intimée envers les usagers, obligation qui ne découle pas de la loi organique de l'intimée, mais qui prend sa source dans l'obligation de transporter imposée à tous les voituriers publics par l'art. 1673 du *Code civil*; de même, la mention, dans le Manuel de l'abonné, que «le laissez-

even on its face that the holder was deprived of the right of claiming monetary compensation. Finally, appellant's failure to put respondent in default could not be entertained, since art. 1067 *C.C.* states that commencement of a suit constitutes putting in default.

François Nolin Ltée v. Commission des Relations de Travail du Québec and François Asselin, [1968] S.C.R. 168; *Pérusse et Papa v. Les Commissaires d'écoles de St-Léonard de Port-Maurice*, [1970] C.A. 324; *Bélanger v. The Montreal Water and Power Company* (1914), 50 S.C.R. 356; *Dufresne v. Forest*, [1976] C.A. 416, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], reversing a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Jacques Larochelle and *Mario Bouchard*, for the appellant.

Denis Houle, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This case concerns a class action as provided in arts. 999 *et seq.* of the *Code of Civil Procedure*, adopted in 1978 and effective on January 19, 1979.

On the morning of January 29, 1979, respondent's bus drivers went on strike and public transportation service in the Quebec Urban Community was paralyzed.

Two days later, on January 31, appellant caused to be served on respondent a motion to be designated as the representative of pass holders for January 1979, and to be authorized to bring against respondent a class action to obtain a refund of part of the cost of the passes and damages. A few days later, appellant substituted for its original motion an amended motion which, *inter alia*, limited the claim for a refund to the three days in January during which service was not available.

By leave of the judge, pursuant to rule 53 of the *Rules of Practice of the Superior Court*, respond-

[1] [1979] C.A. 528.

passer n'est pas remboursable», ne signifie pas, à sa face même, que son détenteur est privé du droit de réclamer une compensation monétaire. Enfin, le défaut par l'appelant de mettre l'intimée en demeure ne peut être retenu, puisque, de par les termes de l'art. 1067 *C.c.*, l'interpellation en justice constitue une mise en demeure.

Jurisprudence: *François Nolin Ltée c. Commission des Relations de Travail du Québec et François Asselin*, [1968] R.C.S. 168; *Pérusse et Papa c. Les Commissaires d'écoles de St-Léonard de Port-Maurice*, [1970] C.A. 324; *Bélanger c. The Montreal Water and Power Company* (1914), 50 R.C.S. 356; *Dufresne c. Forest*, [1976] C.A. 416.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Jacques Larochelle et *Mario Bouchard*, pour l'appelant.

Denis Houle, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce litige a trait au recours collectif prévu aux art. 999 et suivants du *Code de procédure civile*, adoptés en 1978 et entrés en vigueur le 19 janvier 1979.

Au matin du 29 janvier 1979, les chauffeurs d'autobus de l'intimée se mettent en grève et le service de transport en commun de la Communauté urbaine de Québec est paralysé.

Le surlendemain, soit le 31 janvier, l'appelant fait signifier à l'intimée une requête pour être nommé représentant des détenteurs de laissez-passer pour le mois de janvier 1979 et autorisé à intenter contre l'intimée un recours collectif visant à obtenir le remboursement d'une partie du prix du laissez-passer et des dommages-intérêts. Quelques jours plus tard, l'appelant substitue à sa requête originale une requête amendée qui entre autres limite la demande de remboursement aux 3 jours de janvier durant lesquels le service n'a pas été dispensé.

Avec l'autorisation du juge, conformément à la règle 53 des *Règles de pratique de la Cour supé-*

[1] [1979] C.A. 528.

ent challenged appellant's motion in writing. Applying rule 55 of the *Rules of Practice*, the Court admitted no other evidence and decided the motion on the basis of the documents and affidavits submitted by the parties.

By a judgment dated March 13, 1979, the Superior Court judge allowed appellant's motion and authorized the class action.

By a unanimous decision[2], the Court of Appeal reversed the judgment of the Superior Court: hence this appeal with leave of this Court.

The argument concerned para. (*b*) of art. 1003 *C.C.P.* For a clearer understanding of the matter, arts. 1002 and 1003 must be reproduced in their entirety.

1002. A member cannot institute a class action except with the prior authorization of the court, obtained on a motion.

The motion states the facts giving rise thereto, indicates the nature of the recourses for which authorization is applied for, and describes the group on behalf of which the member intends to act; the allegations of the motion are supported by an affidavit. It is accompanied with a notice of at least ten days of the date of presentation and is served on the person against whom the applicant intends to exercise the class action.

1003. The court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:

(*a*) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;

(*b*) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;

(*c*) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and

(*d*) the member to whom the court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

The matter for decision is essentially whether under para. (*b*) of art. 1003 the Court, in order to authorize institution of the class action, must decide the merits in law of the conclusions, having regard to the facts alleged, or whether it is sufficient that the allegations support the conclusions *prima facie* or disclose a colour of right. This, as

[2] [1979] C.A. 528.

rieure, l'intimée a contesté par écrit la requête de l'appelant. Appliquant la règle 55 des *Règles de pratique*, le juge n'a permis aucune autre preuve et a disposé de la requête sur la foi des documents et affidavits soumis par les parties.

Par jugement du 13 mars 1979, le juge de la Cour supérieure a accueilli la requête de l'appelant et autorisé le recours collectif.

Par un arrêt unanime[2], la Cour d'appel a infirmé le jugement de la Cour supérieure, d'où le présent pourvoi pris avec l'autorisation de cette Cour.

Le débat porte sur l'al. *b*) de l'art. 1003 *C.p.c.* Pour une meilleure compréhension il convient de reproduire en entier les art. 1002 et 1003.

1002. Un membre ne peut exercer le recours collectif qu'avec l'autorisation préalable du tribunal, obtenue sur requête.

La requête énonce les faits qui y donnent ouverture, indique la nature des recours pour lesquels l'autorisation est demandée et décrit le groupe pour le compte duquel le membre entend agir; ses allégations sont appuyées d'un affidavit. Elle est accompagnée d'un avis d'au moins dix jours de la date de sa présentation et signifiée à celui contre qui le requérant entend exercer le recours collectif.

1003. Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:

a) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;

b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;

c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

Il s'agit essentiellement de déterminer si aux termes de l'al. *b*) de l'art. 1003, le tribunal pour autoriser l'exercice du recours collectif doit prononcer le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués, ou s'il suffit que les allégués justifient les conclusions *prima facie* ou dévoilent une apparence de droit. C'est selon l'ex-

[2] [1979] C.A. 528.

one of the counsel stated, is the critical point in the case.

The Court of Appeal held, first, that in order to authorize the action, the Court must rule on the law and determine whether the facts support the conclusions sought. Proceeding to make this determination, the Court concluded, for the three reasons which I shall return to below, that they did not, and dismissed appellant's motion. Bélanger J. A. wrote for the Court:

[TRANSLATION]Accordingly, it must be concluded that the pass holders were not entitled to a refund of the cost of the passes, or to damages, so that the facts alleged in the motion do not support the conclusions presented.

The Court of Appeal drew a connection between para. (*b*) of art. 1003 and art. 847 *C.C.P.*, which concerns authorization to exercise a remedy in evocation. The first two paragraphs of art. 847 read as follows:

847. The motion seeking authorization to exercise the recourse provided in this chapter must be served upon the judge or functionary who was seized of the case, and upon the parties, with a notice of the date and place of presentation.

The judge to whom the motion is presented cannot authorize the issuance of a writ of summons unless he is of opinion that the facts alleged justify the conclusions sought.

Pigeon J. observed for the Court, with reference to this article, in *François Nolin Ltée v. Commission des Relations de Travail du Québec and François Asselin*[3] at p. 170:

[TRANSLATION]It should first be noted that by art. 847 of the new *Code of Civil Procedure*, legislative form has been given to the rule in *City of Montreal v. Benjamin News*, [1965] Q.B. 376, that before authorizing issuance of a writ of prohibition the judge must rule on the law. It is not enough that the applicant's arguments appear to him to be supported, they must lead him firmly to the conclusion that they are, in his opinion, correct in law in view of the facts alleged; and so that issuance of the writ cannot be obtained on the basis of frivolous allegations, the new Code allows the applicant to be cross-examined on his affidavit (art. 93).

[3] [1968] S.C.R. 168.

pression de l'un des procureurs, le point tournant de l'affaire.

La Cour d'appel a décidé en premier lieu que pour autoriser le recours, le tribunal doit statuer sur le droit et déterminer que les faits justifient les conclusions recherchées. Procédant ensuite à faire cette détermination, la cour, pour les trois motifs sur lesquels je reviendrai plus loin, a conclu dans la négative et a rejeté la requête de l'appelant. Le juge Bélanger écrit au nom de la cour:

Il faut donc conclure que les abonnés n'ont pas droit au remboursement du prix des laissez-passer, non plus qu'à des dommages-intérêts, de sorte que les faits allégués dans la requête ne donnent aucunement ouverture aux conclusions formulées.

La Cour d'appel a fait un rapprochement entre l'al. *b*) de l'art. 1003 et l'art. 847 *C.p.c.* qui régit l'autorisation d'exercer un recours en évocation. Les deux premiers alinéas de l'art. 847 se lisent comme suit:

847. La requête demandant l'autorisation d'exercer le recours prévu au présent chapitre doit être signifiée au juge ou au fonctionnaire qui a été saisi de l'affaire, ainsi qu'aux parties, avec avis de la date et du lieu où elle sera présentée.

Le juge à qui la requête est présentée ne peut autoriser la délivrance du bref d'assignation que s'il est d'avis que les faits allégués justifient les conclusions recherchées.

A propos de cet article, le juge Pigeon écrit au nom de cette Cour dans *François Nolin Ltée c. Commission des Relations de Travail du Québec et François Asselin*[3], à la p. 170:

Il convient tout d'abord de faire observer que par l'art. 847 du nouveau *Code de procédure civile*, on a consacré législativement la règle formulée dans *Ville de Montréal c. Benjamin News*, [1965] B.R. 376, à l'effet qu'avant d'autoriser la délivrance d'un bref de prohibition le juge doit statuer sur le droit. Il ne suffit pas qu'il lui paraisse que les prétentions du requérant sont soutenables, il faut qu'il en vienne à la conclusion ferme qu'elles sont, à son avis, bien fondées en droit en regard des faits allégués. Et pour qu'on ne puisse obtenir la délivrance du bref par des allégations fantaisistes, le nouveau Code a permis de contre-interroger le requérant sur son affidavit (art. 93).

[3] [1968] R.C.S. 168.

The *Code of Civil Procedure* is not as exacting in the case of an interlocutory injunction, and a colour of right will suffice. This emerges from the second paragraph of art. 752:

752. ...

An interlocutory injunction may be granted when the applicant appears to be entitled to it and it is considered to be necessary in order to avoid serious or irreparable injury to him, or a factual or legal situation of such a nature as to render the final judgment ineffectual.

The Court of Appeal has had occasion to construe this provision, in particular in *Pérusse et Papa v. Les Commissaires d'écoles de St-Léonard de Port-Maurice*[4] in which Brossard J.A. said the following at pp. 329-30:

[TRANSLATION] The judge from whom it is sought cannot either allow it or refuse it by giving the evidence submitted to him, at this stage, the effect of final evidence adduced for a decision on the merits of the action; he should only weigh the evidence so that he can decide whether the applicant does or does not appear to have a good and valid right to enforce: as to the right, the applicant is entitled to have the respondent refrain from or cease performing a given operation if there is a good colour of right; and as to the consequences of granting or refusing the injunction, the judge will be guided in arriving at his interlocutory decision by the serious likelihood that, one way or another, a situation of fact or of law will occur which cannot be remedied by the final judgment.

Bélanger J.A., in the case at bar, found a parallel with art. 847 more appropriate, as I mentioned above, and wrote:

[TRANSLATION] Article 1003 C.C.P. allows the class action to be authorized if the Court "is of opinion that the facts alleged seem to justify the conclusions sought"; the remedy in evocation may be authorized by a judge, under Art. 847 C.C.P., if "he is of opinion that the facts alleged justify the conclusions sought". The wording of the first article is much closer to that of the second than to that of Art. 752 C.C.P., regarding the interlocutory injunction. The courts have held that, in an evocation proceeding, a judge must have arrived at a definite opinion on the legal conclusions, assuming the facts to be proven. The least that can be said with regard to the class action is that the Court should not feel any doubt as to the legal conclusions. Whereas in an interlocutory

[4] [1970] C.A. 324.

Dans le cas d'une injonction interlocutoire, le *Code de procédure* n'est pas aussi exigeant et une apparence de droit sera suffisante. Ceci découle du deuxième alinéa de l'art. 752:

752. ...

L'injonction interlocutoire peut être accordée lorsque celui qui la demande paraît y avoir droit et qu'elle est jugée nécessaire pour empêcher que ne lui soit causé un préjudice sérieux ou irréparable, ou que ne soit créé un état de fait ou de droit de nature à rendre le jugement final inefficace.

La Cour d'appel a eu l'occasion d'interpréter cette disposition, notamment dans l'arrêt *Pérusse et Papa c. Les Commissaires d'écoles de St-Léonard de Port-Maurice*[4], où le juge Brossard s'exprimait ainsi aux pp. 329 et 330:

Le juge auquel elle est demandée ne peut, soit pour l'accorder, soit pour la refuser, donner à la preuve qui lui est présentée, à ce stade, l'effet d'une preuve finale offerte pour adjudication sur le mérite de l'action; il lui suffit de l'apprécier de façon à être en mesure de décider si le requérant paraît ou ne paraît pas avoir un droit sérieux et valable à faire valoir; quant au droit, c'est sur une apparence sérieuse du droit du requérant à obtenir que le poursuivi s'abstienne ou cesse de faire une opération déterminée, et quant aux conséquences de l'octroi ou du refus de l'injonction, c'est sur la probabilité sérieuse que, dans un sens ou dans l'autre, il se produira un état de fait ou de droit auquel le jugement final ne pourra remédier, que le juge doit se guider pour rendre sa décision interlocutoire.

Le juge Bélanger, dans le cas sous étude, trouvant plus approprié un rapprochement avec l'art. 847 comme je l'ai mentionné, écrit:

Pour le recours collectif, l'article 1003 C.P.C. permet l'autorisation si le tribunal «est d'avis que les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées»; quant au recours en évocation, en vertu de l'article 847 C.P.C., le juge peut l'autoriser «s'il est d'avis que les faits allégués justifient les conclusions recherchées». Le texte du premier article se rapproche beaucoup plus de celui du deuxième que de celui de l'article 752 C.P.C. se rapportant à l'injonction interlocutoire. D'après la jurisprudence, en matière d'évocation, le juge doit s'être formé une opinion ferme sur les conclusions juridiques, tenant les faits pour avérés. Le moins qu'on puisse dire, quant au recours collectif, c'est que le tribunal ne doit pas éprouver de doute sur les conclusions juridiques.

[4] [1970] C.A. 324.

injunction proceeding *prima facie* proof of the facts must be presented, in authorizing a class action the facts are taken as proven as in an evocation proceeding.

With respect, I cannot subscribe to this view. There is no doubt that the wording of art. 752 is not the same, but quite apart from any comparison with this article there is still a basic difference between the provision of para. (*b*) of art. 1003 and that of art. 847.

The words "seem to justify" and "justify" cannot have the same effect unless the presence of the verb "to seem" in the first phrase is disregarded. This is where the reference to the passage cited from the opinion of Brossard J.A. in *St-Léonard, supra*, has its application, as to the meaning to be given to the verb "to seem", as in my opinion it applies equally in the context of art. 1003. The legislator intended the Court to reject entirely any frivolous or manifestly improper action, and authorize only those in which the facts alleged disclose a good colour of right.

I conclude, therefore, that the phrase "seem to justify" means that there must be in the judge's view a good colour of right in order for him to authorize the action, though he is not thereby required to make any determination as to the merits in law of the conclusions, in light of the facts alleged.

However, this does not suffice to dispose of the appeal at bar. The Court of Appeal went further, and held that appellant was not entitled to a refund or to damages, for three reasons which must be considered.

The first reason is that respondent is under no legal obligation to the users, but that the obligation arising out of the operating right conferred on respondent by statute is to the Quebec Urban Community. Further, respondent [TRANSLATION] "has assumed no contractual obligation to the users of passes to provide them with transportation".

Alors qu'en matière d'injonction interlocutoire une preuve «*prima facie*» des faits doit être faite, sur l'autorisation du recours collectif les faits sont pris pour avérés comme en matière d'évocation.

Avec respect, je ne puis partager cet avis. Il ne fait pas de doute que la tournure de phrase de l'art. 752 n'est pas la même, mais même si on écarte toute comparaison avec cet article il n'en reste pas moins une différence essentielle entre la disposition de l'al. *b*) de l'art. 1003 et celle de l'art. 847.

Les mots «paraissent justifier» et «justifient» ne peuvent avoir la même portée à moins que dans la première expression l'on ne tienne pas compte de la présence du verbe paraître. Et c'est ici que le renvoi au passage cité de l'opinion du juge Brossard dans l'arrêt *St-Léonard*, précité, est utile sur le sens à donner au verbe paraître qui sied à mon avis tout aussi bien dans le contexte de l'art. 1003. Le législateur a voulu que le tribunal écarte d'emblée tout recours frivole ou manifestement mal fondé et n'autorise que ceux où les faits allégués dévoilent une apparence sérieuse de droit.

Je conclus donc que l'expression «paraissent justifier» signifie qu'il doit y avoir aux yeux du juge une apparence sérieuse de droit pour qu'il autorise le recours, sans pour autant qu'il ait à se prononcer sur le bien-fondé en droit des conclusions en regard des faits allégués.

Ceci toutefois ne suffit pas pour disposer du présent pourvoi. La Cour d'appel en effet est allée plus loin et a décidé que l'appelant n'avait aucun droit à un remboursement non plus qu'à des dommages-intérêts et cela pour trois motifs qu'il est nécessaire d'examiner.

Le premier motif est qu'il n'y a pas d'obligation légale de l'intimée envers les usagers, mais que l'obligation qui naît du droit d'exploitation accordé par la loi à l'intimée est envers la Communauté urbaine de Québec. En outre, l'intimée «n'a aucunement assumé une obligation contractuelle envers les usagers de laissez-passer d'assurer leur transport.»

With respect to the legal obligation, Bélanger J.A. observed that he found in appellant's enabling Act no provision subjecting it to any obligation toward possible users of its network, whether ticket holders or not, to keep its buses available for them at all times. He continued:

[TRANSLATION] ... Under the said Act, Statutes of Quebec 1969, c. 83 as amended, the purpose of appellant is to operate a general network for public transport (s. 211); it is invested with authority, with the Council's prior approval, to establish, change, cancel and replace bus lines (s. 235), and to establish tariffs according to the means of transport or the classes of users (s. 237).

In my view, the obligation arising from the operating right conferred by the Act on appellant can only be legal and is owed to the Quebec Urban Community.

He then cites the following cases: *Bélanger v. The Montreal Water and Power Company*[5], and *Dufresne v. Forest*[6].

The first case concerned a claim by an owner whose building had been destroyed by fire, and it was made against the firm empowered by contract with the municipality to operate a water main service, including fire hydrants, and to maintain a given pressure at all times. The owner contended that the fire had been aggravated by the fact that the water pressure was considerably below that stipulated. This Court dismissed the appeal on the grounds that there was no contractual relationship between the owner and the firm, and that the contract contained no stipulation conferring on taxpayers a right of action against the firm in the event of a breach of provisions relating to fire protection.

In *Dufresne v. Forest*, *supra*, an action was brought by a motorist against a contractor responsible for the upkeep of roads in winter under a contract with the municipality. The contract bound the contractor to the municipality, but not to taxpayers individually.

The situation here is quite different. Although respondent's enabling Act does not impose on it [TRANSLATION] "any obligation to possible users

[5] (1914), 50 S.C.R. 356.
[6] [1976] C.A. 416.

Quant à l'obligation légale, le juge Bélanger signale qu'il n'a trouvé dans la loi organique de l'appelante aucune disposition lui créant une obligation envers les usagers possibles de son réseau, détenteurs ou non de billets, de tenir à leur disposition en tout temps ses autobus. Il poursuit:

... En vertu de la dite loi, 1969 Lois du Québec ch. 83 et amendements, l'objet de l'appelante est d'exploiter un réseau général de transport en commun (art. 211); c'est elle qui a autorité, avec l'approbation préalable du conseil, d'établir, modifier, abolir et remplacer des circuits d'autobus (art. 235), d'établir des tarifs selon les moyens de transport ou les catégories d'usagers (art. 237).

A mon sens, l'obligation qui naît du droit d'exploitation accordé par la loi à l'appelante ne peut être que légale et c'est envers la Communauté urbaine de Québec qu'elle existe.

Puis il cite les arrêts suivants: *Bélanger c. The Montreal Water and Power Company*[5] et *Dufresne c. Forest*[6].

Dans le premier arrêt, il s'agissait d'une réclamation par un propriétaire dont l'immeuble avait été détruit par le feu, dirigée contre l'entreprise chargée par contrat avec la muncipalité d'exploiter un service d'aqueduc, y compris des bouches d'incendie, et d'y maintenir en tout temps une pression déterminée. Le propriétaire soutenait que l'incendie avait été aggravé du fait que la pression de l'eau était considérablement inférieure à celle stipulée. Cette Cour a rejeté le pourvoi pour les motifs qu'il n'y avait pas de relation contractuelle entre le propriétaire et l'entreprise et que le contrat ne contenait aucune stipulation conférant aux contribuables un droit d'action contre l'entreprise au cas de violation des dispositions relatives à la protection contre l'incendie.

Dans *Dufresne c. Forest,* précité, il s'agissait d'une action d'un automobiliste contre un entrepreneur chargé de l'entretien des chemins d'hiver par contrat avec la municipalité. Le contrat liait l'entrepreneur envers la municipalité, mais non envers les contribuables individuellement.

La situation est bien différente ici. Si la loi organique de l'intimée ne lui crée pas «une obligation envers les usagers possibles de son réseau,

[5] (1914), 50 R.C.S. 356.
[6] [1976] C.A. 416.

of its network, whether ticket holders or not, to keep its buses available for them at all times", there is nonetheless a legal obligation to users, namely, the obligation of conveyance imposed on all public carriers by art. 1673 *C.C.*:

1673. They are obliged to receive and convey, at the times fixed by public notice, all persons applying for passage, if the conveyance of passengers be a part of their accustomed business, and all goods offered for transportation; unless, in either case, there be a reasonable and sufficient cause of refusal.

In an article titled "Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes", (1960-61) 7 McGill L.J. 225, Prof. Paul A. Crépeau writes, at p. 236:

[TRANSLATION] If we look closely at arts. 1672 *et seq.* of the Civil Code, regarding the duties of the carrier of persons, it can be seen that the Quebec legislator imposes a duty only on the "public" carrier and imposes only one duty: that of conveyance.

Carriers, according to art. 1673 of the Civil Code:

> "are obliged to receive and convey, at the times fixed by public notice, all persons applying for passage, if the conveyance of passengers be a part of their accustomed business . . ."

The carrier must therefore, unless he has a reasonable excuse, convey passengers who seek to be conveyed; and it is clear that a carrier who leaves his passengers on the platform or abandons them on the way will be held contractually liable.

Article 1673 does not create an absolute duty depriving respondent of any defence, and I make no comment on the substance, but it creates a relationship between users and respondent, whose duty is no longer only to the Quebec Urban Community.

Faribault, commenting in the *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 12, on art. 1673, wrote at pp. 375-6:

[TRANSLATION] In theory, those in the business of carriage are not free to refuse to convey persons or goods presented to them.

Despite this duty imposed on the carrier, a genuine consensual contract is formed between him and his customer by the purchase and sale of a ticket of passage

détenteurs ou non de billets, de tenir à leur disposition en tout temps ses autobus», il n'en existe pas moins une obligation légale envers les usagers, soit l'obligation de transporter imposée à tous les voituriers publics par l'art. 1673 *C.c.*:

1673. Ils sont tenus de recevoir et transporter aux temps marqués dans les avis publics toute personne qui demande passage, si le transport des voyageurs fait partie de leur trafic accoutumé, et tous effets qu'on leur offre à transporter; à moins que dans l'un ou l'autre cas il n'y ait cause raisonnable et suffisante de refus.

Dans un article intitulé «Réflexions sur le fondement juridique de la responsabilité civile du transporteur de personnes», (1960-61) 7 McGill L. J. 225, le professeur Paul A. Crépeau écrit à la p. 236:

Si on examine attentivement les articles 1672 et s. du Code civil, relativement aux obligations du transporteur de personnes, on se rend compte que le législateur québecois n'impose d'obligation qu'au voiturier «public» et ne lui impose qu'une seule obligation: celle de transporter.

Les voituriers, lit-on, en effet, à l'article 1673 du Code civil:

> «sont tenus de recevoir et transporter aux temps marqués dans les avis publics toute personne qui demande passage, si le transport des voyageurs fait partie de leur trafic accoutumé. . .»

Le voiturier doit donc, sauf cause raisonnable, transporter les voyageurs qui se présentent. Et il est certain que le voiturier qui laisserait ses voyageurs sur le quai ou les abandonnerait en cours de route, engagerait sa responsabilité contractuelle.

L'article 1673 ne crée pas une obligation absolue privant l'intimée de toute défense et je ne me prononce pas sur le fond, mais il crée un rapport entre les usagers et l'intimée dont l'obligation n'est plus uniquement envers la Communauté urbaine de Québec.

Commentant l'art. 1673, Faribault dans le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 12, écrit aux pp. 375 et 376:

En principe, les voituriers de métier ne sont pas libres de refuser le transport des personnes ou des choses qui leur sont offertes.

Malgré cette obligation qui est imposée au voiturier, un véritable contrat consensuel est formé entre lui et son client par l'achat et la vente d'un billet de passage s'il

in the case of the carriage of persons, or by the delivery to him of goods presented in the case of the carriage of goods.

. . .

In the case of the carriage of persons, there is nothing to prevent the carrier from selling his tickets or reserving seats in advance. The contract is then formed by such a sale or reservation, and the carrier is required to perform his duty if the traveller appears, at the specified time, to occupy the seat so purchased or reserved.

In the case at bar, the direct contractual relationship between pass holders and respondent appears on the pass, which states, *inter alia*:

[TRANSLATION] I—ENTITLEMENT—Subject to the conditions and limitations hereinafter stated, this pass entitles its holder to use, at any time and on any regular route, the public transportation service of the QUCTC, within the territory of the Schedule B municipalities (Q.U.C. Act).

In the reasons in support of its decision, the Court of Appeal stated:

[TRANSLATION] In my view, the sole contractual obligation resulting from the issue of passes is that of accepting their holders without any additional cost, on presentation of the card, on all regular routes then a part of its transportation network; appellant undertook no duty toward users as to operation of the routes while the card was in effect; it undertook no contractual duty to users of passes to provide them with transportation. In the circumstances of the case at bar, the latter are entitled to no refund or compensation in the form of damages.

Does this mean that respondent, which collected the cost of the passes, can with impunity fail to provide services, without justification or excuse? The passage cited cannot mean that, and in light of the relationship described above between respondent and pass holders, I do not think it can be said at this stage, of deciding whether to authorize the action, that the facts alleged do not seem to justify the conclusions sought.

The second argument of law allowed by the Court of Appeal is that the pass is not refundable, and that:

[TRANSLATION] ... the contractual link established between appellant and pass holders anticipates the possi-

s'agit du transport des personnes, ou par la remise qui lui est faite des choses offertes dans le cas du transport des choses.

. . .

Lorsqu'il s'agit du transport des personnes, rien n'empêche le voiturier de vendre ses billets ou de réserver les places à l'avance. Le contrat est alors formé par cette vente ou cette réserve, et le voiturier est tenu de remplir son obligation si le voyageur se présente, au temps spécifié, pour occuper le siège qu'il a ainsi acheté ou réservé.

Dans l'espèce, le rapport contractuel direct entre les détenteurs de laissez-passer et l'intimée apparaît au laissez-passer qui porte notamment:

I—DROITS—Sujet aux conditions et restrictions ci-après décrites, ce laissez-passer donne droit à son détenteur d'utiliser en tout temps et sur tout parcours régulier le service de transport en commun de la CTCUQ, sur le territoire des municipalités de l'annexe B (Loi de la C.U.Q.).

Dans les motifs à l'appui de l'arrêt de la Cour d'appel on peut lire:

A mon avis, la seule obligation contractuelle qui est née de l'émission des laissez-passer est celle d'accepter leurs détenteurs sans frais additionnels, sur présentation de la carte, sur tous les parcours réguliers de son réseau de transport alors en opération; l'appelante ne s'est aucunement obligée envers les usagers au fonctionnement des circuits pendant la durée du document; elle n'a aucunement assumé une obligation contractuelle envers les usagers de laissez-passer d'assurer leur transport. Dans les circonstances de l'espèce, ceux-ci n'ont droit à aucun remboursement ni à aucune indemnité sous forme de dommages-intérêts.

Est-ce à dire que l'intimée qui a perçu le prix des laissez-passer pourrait impunément s'abstenir de dispenser des services sans justification ni excuse? Le passage cité ne peut signifier cela et eu égard au rapport décrit plus haut entre l'intimée et les détenteurs de laissez-passer, je ne crois pas que l'on puisse dire au stade de l'autorisation d'exercer le recours que les faits allégués ne paraissent pas justifier les conclusions recherchées.

Le second motif de droit retenu par la Cour d'appel est que le laissez-passer n'est pas remboursable et que:

... le lien contractuel établi entre l'appelante et les détenteurs de laissez-passer prévoit l'éventualité d'une

bility of a strike that could interrupt its services; in that event, subscribers are entitled to a credit, covering the period for which service was interrupted. The preceding clause confirms that the pass cannot be refunded. The result is to create not a duty of payment, but a claim for transportation to be subsequently provided.

This argument is based on the following extract from the pass holders' handbook:

[TRANSLATION]

REFUND

Passes are not refundable.

CREDIT

In the event of a strike which interrupts service, the QUCTC undertakes to provide pass holders with a credit covering the period during which service is interrupted. The QUCTC will distribute the appropriate information when necessary.

The pass holders' handbook is a publication by respondent designed to explain to the pass holder his privileges, rights and duties. Aside from the fact that it does not appear from the record and that it was not possible for counsel for the respondent to explain at the hearing how or by what circumstances this document took effect between the parties so as to govern their contractual relations, I do not think that even on its face the statement that "Passes are not refundable" has the meaning given to it.

The statement that passes are not refundable really means that the holder cannot return his pass at will and have the whole or part of the cost refunded to him. However, in my view, a much clearer clause would be necessary in order to conclude that the holder is deprived of the right of claiming monetary compensation in the event of failure by respondent to provide the services for which it has been paid.

So far as the meaning of the word "crédit" is concerned, the following definition is given in *Le Petit Robert*: [TRANSLATION] "Operation by which an individual makes a sum of money available to another; *by ext.* This sum."

It follows that if credit can take the form of a claim for transportation to be provided subsequently, it can also take the form of money to be paid.

grève qui interromprait ses services; à ce moment, c'est à un crédit, couvrant la période durant laquelle le service a été interrompu, que les abonnés ont droit. La clause précédente confirme que le laissez-passer n'est pas remboursable. Ce n'est donc pas d'un paiement qu'il s'agit, mais bien d'une créance pour du transport à être fourni postérieurement.

Ce motif est fondé sur l'extrait suivant du Manuel de l'abonné:

REMBOURSEMENT

Le laissez-passer n'est pas remboursable.

CREDIT

Dans le cas où une grève interromprait ses services, la CTCUQ s'engage à accorder un crédit aux abonnés détenteurs d'un laissez-passer couvrant la période durant laquelle le service aura été interrompu. La CTCUQ diffusera des indications pertinentes en temps opportun.

Le Manuel de l'abonné est une publication de l'intimée destinée à expliquer à l'abonné ses privilèges, droits et obligations. Outre qu'il n'apparaît pas du dossier et qu'à l'audition il n'a pas été possible au procureur de l'intimée d'indiquer comment ou par quelles circonstances ce document aurait pris effet entre les parties pour régir leurs relations contractuelles, je ne crois pas qu'à sa face même la mention que «le laissez-passer n'est pas remboursable» ait le sens qu'on lui a donné.

Que le laissez-passer ne soit pas remboursable signifie vraisemblablement que le détenteur ne peut à son gré le retourner et se faire rembourser tout ou partie du prix. Il faudrait cependant, à mon avis, une clause beaucoup plus claire pour conclure que le détenteur est privé du droit de réclamer une compensation monétaire au cas de défaut par l'intimée de fournir les services dont elle a reçu le prix.

Quant au sens du mot «crédit» on trouve dans *Le Petit Robert* la définition suivante: «Opération par laquelle une personne met une somme d'argent à la disposition d'une autre; *par ext.* Cette somme.»

Il en ressort que si le crédit peut prendre la forme d'une créance pour du transport à être fourni postérieurement, il peut aussi prendre la forme d'une somme à payer.

Indeed, this is the interpretation given to it by respondent itself. Thus, on two occasions when service was interrupted in 1978, for two days in April and three days in May, respondent [TRANSLATION] "caused a notice to be published in a Quebec daily newspaper informing people that they would be reimbursed *pro rata* for the number of days lost in public transportation".

Respondent adopted the same approach in the case at bar. Thus, on February 14, 1979, after service of the motion for authorization to institute a class action, it caused to be published a notice from which the following is an extract:

[TRANSLATION] As a consequence of the suspension of services since January 29, the QUCTC will make a refund to all its subscribers duly holding passes for January or February.

AMOUNT OF REFUND

January pass
Regular: $1.75 Special: $0.90
February pass
Regular: $18 Special: $9

I accordingly conclude that the second argument cannot be entertained.

The third ground of the Court of Appeal is based on appellant's failure to put respondent in default. This ground also cannot be entertained. Commencing a legal action constitutes putting in default and this is indicated in art. 1067 *C.C.*:

1067. The debtor may be put in default either by the terms of the contract, when it contains a stipulation that the mere lapse of the time for performing it shall have that effect; or by the sole operation of law; or by the commencement of a suit, or a demand which must be in writing unless the contract itself is verbal.

On this point, Mignault states in *Le droit civil canadien*, vol. 5, at pp. 410-11:

[TRANSLATION] The Code indicates that a debtor is in default in five cases:

. . .

3. When a suit has been commenced, against the debtor, or he has been sent a demand for performance, which must be made in writing, unless the contract itself is verbal: thus, the demand is equivalent to commencing a legal action, but with the difference that if commencement of the action has not been preceded by an out of

C'est d'ailleurs l'interprétation qu'en a elle-même donnée l'intimée. Ainsi, en deux occasions où le service a été interrompu en 1978, soit 2 jours en avril et 3 jours en mai, l'intimée «a fait publier une annonce dans un quotidien de Québec pour aviser les gens qu'ils seraient remboursés au *pro rata* du nombre de jours perdus au point de vue transport en commun».

L'intimée a adopté la même attitude dans le cas qui nous occupe. C'est ainsi que le 14 février 1979, après la signification de la requête pour autorisation d'exercer un recours collectif, elle a fait publier un avis dont voici un extrait:

Suite à l'arrêt des services survenu depuis le 29 janvier, la C.T.C.U.Q. effectuera un remboursement à tous les abonnés en règle, détenteurs de laissez-passer de janvier ou de février.

MONTANT DU REMBOURSEMENT

Laissez-passer de janvier
Régulier: $1.75 Privilégié: $0.90
Laissez-passer de février
Régulier: $18 Privilégié: $9

J'en conclus que le deuxième motif ne peut être retenu.

Le troisième motif de la Cour d'appel est fondé sur le défaut par l'appelant de mettre l'intimée en demeure. Ce motif ne peut davantage être retenu. L'interpellation en justice constitue une mise en demeure et c'est l'art. 1067 *C.c.* qui le stipule:

1067. Le débiteur peut être constitué en demeure soit par les termes mêmes du contrat, lorsqu'il contient une stipulation que le seul écoulement du temps pour l'accomplir aura cet effet; soit par l'effet seul de la loi; soit par une interpellation en justice, ou une demande qui doit être par écrit, à moins que le contrat lui-même ne soit verbal.

Mignault écrit à ce sujet dans *Le droit civil canadien*, t. 5, aux pp. 410 et 411:

Le code fait voir que le débiteur est en demeure en cinq cas:

. . .

3° Lorsque le débiteur a été interpellé en justice, ou qu'on lui a adressé une demande d'exécution, laquelle doit être faite par écrit, à moins que le contrat lui-même ne soit verbal. Ainsi la demande vaut l'interpellation en justice, avec cette différence, toutefois, que si l'interpellation en justice n'a pas été précédée d'une demande

court demand, the debtor in consenting to performance of the obligation may ask that the costs of the legal action be borne by the creditor. Accordingly, commencing the action will only really be of value to the creditor if an out of court demand has already been made.

Does the motion for authorization itself constitute commencing an action, or will this only result from institution of the action after the authorization has been obtained? I do not think I need to answer this question, as it suffices for the purposes of this appeal to hold that absence of prior putting in default does not constitute a bar to exercise of a legal remedy. It comes down to a question of costs. As Mignault observes: [TRANSLATION] " ... if commencement of the action has not been preceded by an out of court demand, the debtor in consenting to performance of the obligation may ask that the costs of the legal action be borne by the creditor."

Respondent raised two other points as well.

The first is that the action is premature because (a) appellant was not put in default, (b) it was not known when the strike would end and (c) it did not have time to make an offer of reimbursement.

I have dealt with the putting in default above.

By its amended motion, appellant limited the action to the last three days of January. This is a clearly determined period and it is not in dispute that service was interrupted for these three days.

With respect to the fact that respondent did not have time to make an offer of reimbursement within such a short period, this might carry weight if the conclusions sought were limited to reimbursement, but appellant is also claiming damages.

The other additional argument put forward by respondent is that the allegations of the motion are insufficient, and it suggests several other allegations, some of which restate wholly or partly in a different form allegations already made. I do not

extrajudiciaire, le débiteur, en consentant à l'exécution de l'obligation, peut demander que les frais de la demande en justice soient supportés par le créancier. Ainsi l'interpellation en justice ne sera véritablement utile au créancier que si une demande extra-judiciaire a déjà été faite.

La requête en autorisation elle-même constitue-t-elle une interpellation en justice ou celle-ci ne sera-t-elle formée que par l'institution de l'action après l'autorisation obtenue? Je ne crois pas devoir répondre à cette question car il suffit pour les fins de ce pourvoi de déterminer que l'absence de mise en demeure préalable ne constitue pas un empêchement à l'exercice d'un recours en justice. Cela se ramène à une question de frais. Comme l'explique Mignault: « ... si l'interpellation en justice n'a pas été précédée d'une demande extrajudiciaire, le débiteur, en consentant à l'exécution de l'obligation, peut demander que les frais de la demande en justice soient supportés par le créancier.»

L'intimée a soulevé par ailleurs deux autres moyens.

Le premier est à l'effet que le recours est prématuré parce que (*a*) l'appelant ne l'a pas mise en demeure, (*b*) l'on ne savait pas quand la grève se terminerait et (*c*) elle n'avait pas eu le temps de faire une offre de remboursement.

J'ai traité plus haut de la mise en demeure.

Par sa requête amendée l'appelant a limité le recours aux trois derniers jours de janvier. Il s'agit d'une période bien déterminée et il n'est pas contesté que les services ont été interrompus pendant ces trois jours.

Quant au fait que l'intimée n'ait pas eu le temps dans un si bref délai de faire une offre de remboursement, cela vaudrait peut-être si les conclusions recherchées se limitaient à un remboursement mais l'appelant prétend réclamer en outre des dommages.

L'autre moyen additionnel invoqué par l'intimée est à l'effet que les allégués de la requête seraient insuffisants et elle suggère plusieurs autres allégués dont certains reprennent en tout ou en partie sous une forme différente des allégués qui s'y

think there is any need for me to consider this argument further.

For these reasons I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal and restore the judgment of the Superior Court, with costs in all courts.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Bertrand & Associés, Quebec.

Solicitors for the respondent: Bherer, Bernier & Associés, Quebec.

trouvent déjà. Je ne crois pas nécessaire de m'attarder davantage sur ce moyen.

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement de la Cour supérieure, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Bertrand & Associés, Québec.

Procureurs de l'intimée: Bherer, Bernier & Associés, Québec.

Irving Kirsch and Herschel Rosenthal *Applicants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: October 27.

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

APPLICATION FOR EXTENSION OF TIME TO HEAR THE APPEAL

Courts — Practice — Hearing of appeal postponed — Appeal deemed to be abandoned — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2).

Leave to appeal from a decision of the Quebec Court of Appeal, rendered on February 7, 1977, was granted by the Court on April 4, 1977. On January 21, 1980, the appeal was inscribed for hearing at the April 1980 sitting. As the case was not heard in April, it was postponed till October.

APPLICATION for an extension of time to hear the appeal and for a ruling that the appeal had not been abandoned. Application dismissed[1].

Michel Proulx, for the applicant Kirsch.

Gabriel Lapointe, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We are all of the opinion that the motion of appellants to extend the time for the hearing of the appeal must be dismissed and the appeal is deemed to be abandoned under s. 623(2) of the *Criminal Code*.

Application dismissed.

Solicitors for the applicant Kirsch: Proulx, Barot & Dupuis, Montreal.

Solicitor for the applicant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montreal.

Solicitors for the respondent: Lapointe, Schachter & Champagne, Montreal.

[1] See [1981] 1 S.C.R. 438.

Irving Kirsch et Herschel Rosenthal *Requérants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 27 octobre.

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

REQUÊTE POUR PROROGER LE DELAI D'AUDITION DE L'APPEL

Tribunaux — Pratique — Retard de l'audition de l'appel — Appel censé abandonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2).

La permission d'en appeler d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, rendu le 7 février 1977, a été accordée par la Cour le 4 avril 1977. Le 21 janvier 1980, l'appel a été inscrit pour être entendu lors de la session d'avril 1980. L'audition n'ayant pas eu lieu en avril fut reportée à la session d'octobre.

REQUÊTE pour proroger le délai d'audition de l'appel et faire déclarer l'appel non abandonné. Requête rejetée[1].

Michel Proulx, pour le requérant Kirsch.

Gabriel Lapointe, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—Nous sommes tous d'avis de rejeter la requête des appelants pour proroger le délai de l'audition de l'appel et l'appel est censé être abandonné en vertu du par. 623(2) du *Code criminel*.

Requête rejetée.

Procureurs du requérant Kirsch: Proulx, Barot & Dupuis, Montréal.

Procureur du requérant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Lapointe, Schachter & Champagne, Montréal.

[1] Voir [1981] 1 R.C.S. 438.

Irving Kirsch and Herschel Rosenthal *Applicants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1981: February 17.

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

REHEARING OF MOTION TO EXTEND THE TIME FOR HEARING THE APPEAL

Appeal — Practice — Delay for hearing the appeal — Appeal held abandoned — Leave granted for a rehearing — Rehearing of motion to extend the time for hearing the appeal and to reinscribe the appeal for hearing — Appeal deemed not to have been abandoned — Rules of the Supreme Court of Canada, rule 61.

On October 27, 1980, the Court dismissed applicants' motion to extend the time for hearing and deemed the appeal abandoned[1]. Leave for a rehearing to determine whether or not this appeal should be deemed abandoned was granted January 27, 1981.

REHEARING of the motion to extend the time and to reinscribe the appeal for hearing. Motion granted.

François Mercier, Q.C., for the applicant Kirsch.

Harvey Yarosky, for the applicant Rosenthal.

Gabriel Lapointe, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—The majority of the Court is of the opinion that in the particular circumstances here, affecting both appellants, this appeal should be allowed to proceed. Accordingly, we set aside our order of October 27, 1980 and direct that an application be made forthwith to the Chief Justice to fix a date for the reinscription and hearing of this appeal on the merits[2].

Motion granted.

[1] [1981] 1 S.C.R. 437.
[2] [1981] 1 S.C.R. 440.

Irving Kirsch et Herschel Rosenthal *Requérants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1981: 17 février.

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

RÉAUDITION D'UNE REQUÊTE POUR PROROGER LE DÉLAI D'AUDITION DE L'APPEL

Appel — Pratique — Retard dans l'audition de l'appel — Appel considéré abandonné — Permission accordée pour une nouvelle audition — Réaudition d'une requête pour proroger le délai d'audition de l'appel et pour réinscrire l'appel pour audition — Appel censé ne pas avoir été abandonné — Règles de la Cour suprême du Canada, règle 61.

Le 27 octobre 1980, la Cour a rejeté la requête des appelants pour proroger le délai d'audition et a considéré l'appel abandonné[1]. Le 27 janvier 1981, elle a autorisé une nouvelle audition pour décider si le présent appel doit être considéré abandonné.

REAUDITION de la requête pour proroger le délai et pour réinscrire l'appel pour audition. Requête accordée.

François Mercier, c.r., pour le requérant Kirsch.

Harvey Yarosky, pour le requérant Rosenthal.

Grabriel Lapointe, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—La majorité de la Cour est d'avis d'autoriser la continuation de ce pourvoi vu les circonstances particulières de l'espèce quant aux deux appelants. Nous annulons donc notre ordonnance du 27 octobre 1980 et ordonnons qu'une demande soit immédiatement présentée au Juge en chef pour fixer la date de nouvelle inscription et d'audition de ce pourvoi au fond[2].

Requête accordée.

[1] [1981] 1 R.C.S. 437.
[2] [1981] 1 R.C.S. 440.

Solicitors for the applicant Kirsch: Proulx, Barot & Dupuis, Montreal.

Solicitor for the applicant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montreal.

Solicitors for the respondent: Lapointe, Schachter & Champagne, Montreal.

Procureurs du requérant Kirsch: Proulx, Barot & Dupuis, Montréal.

Procureur du requérant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Lapointe, Schachter & Champagne, Montréal.

Irving Kirsch and Herschel Rosenthal *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1981: March 30; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Convictions for conspiring to affect public market price of shares — Prosecution evidence by accomplices — Judge left jurors the option of considering corroborative parts of evidence — Parts suggested to jurors as corroborative in fact were not corroborative — Error of law — Section 613(1)(b)(iii) not applicable — New trial ordered — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338(2), 423(1)(d), 613(1)(b)(iii).

Kirsch and Rosenthal were charged with conspiring to affect the public market price of shares of Buffalo Gas and Oil Ltd. As the witnesses for the prosecution were accomplices, the judge warned the jurors against the danger of finding the accused guilty on the basis of this testimony alone. He told them what parts of the evidence were capable of constituting corroboration and left them free to find corroboration in other parts of the evidence. Counsel for the Crown also indicated to the jurors as being capable of providing corroboration evidence which as a matter of law could not. Kirsch and Rosenthal were found guilty and appealed. The appeal was dismissed.

Held: The appeal should be allowed and a new trial is ordered.

The trial judge erred in failing to instruct the jury that the parts of the evidence which counsel for the Crown had suggested as being capable of providing corroboration in fact could not, and that they were not entitled to regard them as such. The Court does not think that this is the kind of error which should be dealt with by resort to s. 613(1)(*b*)(iii), as respondent did not demonstrate that without this error the verdict would of necessity have been the same.

As to whether the judge should tell the jurors to confine themselves to the corroborative points he had

Irving Kirsch et Herschel Rosenthal *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1981: 30 mars; 1981: 11 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Déclarations de culpabilité pour avoir comploté dans le but d'influencer la cote d'actions offertes en vente au public — Preuve à charge par témoins complices — Juge laisse aux jurés le choix de considérer dans la preuve des éléments corroboratifs — Eléments suggérés aux jurés comme corroboratifs et qui ne l'étaient pas d'après la loi — Erreur de droit — Non-applicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) — Nouveau procès ordonné — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338(2), 423(1)d), 613(1)b)(iii).

Kirsch et Rosenthal ont été accusés d'avoir comploté pour influencer la cote des actions de la compagnie Buffalo Gas and Oil Ltd. offertes en vente au public. Les témoins à charge étant des complices, le juge a mis en garde les jurés contre le danger de trouver les accusés coupables sur la foi de ces seuls témoignages. Il leur a indiqué les éléments de preuve susceptibles de corroborer ces témoignages et les a laissés libres d'en trouver d'autres à même la preuve. Le substitut du procureur général a également signalé aux jurés des éléments qui, selon lui, étaient susceptibles d'être corroboratifs mais qui ne l'étaient pas d'après la loi. Reconnus coupables, Kirsch et Rosenthal interjetèrent appel. Cet appel fut rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge des assises a commis une erreur en n'avertissant pas le jury que les éléments de preuve suggérés comme corroboratifs par le substitut du procureur général ne l'étaient pas et qu'il ne leur était pas loisible de s'en servir comme tels. La Cour ne croit pas qu'il s'agit là d'une erreur où l'on devrait recourir au sous-al. 613(1)*b*)(iii), l'intimée ne l'ayant pas convaincue que sans cette erreur le verdict du jury eût été nécessairement le même.

Quant à savoir si le juge doit aviser les jurés de se limiter aux éléments corroboratifs qu'il leur a lui-même

indicated to them, the Court was not required to answer this question for the purposes of this appeal.

R. v. Racine (1977), 32 C.C.C. (2d) 468, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal of Quebec dismissing an appeal by appellants and affirming their conviction by a judge sitting with a jury. Appeal allowed.

Michel Proulx, for the appellant Kirsch.

Jeffrey K. Boro, for the appellant Rosenthal.

Gabriel Lapointe, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—The two appellants are challenging by their appeal the judgment of the Court of Appeal for Quebec, dismissing the appeal brought by them from the verdict of an assize jury in the judicial district of Montreal, finding them guilty on the following indictment:

... IRVING KIRSCH and HERSCHEL ROSENTHAL, at Montreal, district of Montreal, between December 1st, 1971 and March 31st, 1972, conspired with ROBERT BROADLEY, JAMES DANIELSON, STEPHEN DINNEEN, FRED GABOURIE, RON GOLDEN, and PAOLO VIOLI to commit an indictable offense not provided for in paragraphs (a), (b), or (c), to wit: by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not a false pretence, with intent to defraud, affect the public market price of shares of BUFFALO GAS AND OIL CORPORATION LIMITED that were being offered to the public, the whole contrary to Section 423, paragraph (d), in relation to Section 338, paragraph (2) of the Criminal Code ...

It is common ground that the evidence for the prosecution was provided in part by witnesses who are "accomplices" under the rules of evidence. In his charge to the jury the trial judge, as he was in law required to do, warned them against the danger of finding the accused guilty on the basis of uncorroborated testimony of accomplices; he explained to them what an accomplice witness is, and the meaning of corroboration, told them that they had to decide whether these witnesses were accomplices, and that if they found them to be so, they should guard against the danger of finding the accused guilty on the basis of the uncorroborated testimony of these accomplices. Appel-

indiqués, la Cour n'a pas à répondre à cette question dans le cadre de ce pourvoi.

Jurisprudence: *R. v. Racine* (1977), 32 C.C.C. (2d) 468.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec rejetant un appel des appelants et confirmant leur déclaration de culpabilité rendu par un juge siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

Michel Proulx, pour l'appelant Kirsch.

Jeffrey K. Boro, pour l'appelant Rosenthal.

Gabriel Lapointe, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Les deux appelants attaquent par leur pourvoi l'arrêt de la Cour d'appel du Québec rejetant l'appel qu'ils avaient interjeté contre le verdict d'un jury d'assises du district judiciaire de Montréal les déclarant coupables sur l'acte d'accusation suivant:

[TRADUCTION] ... entre le 1er décembre 1971 et le 31 mars 1972, à Montréal, district de Montréal, IRVING KIRSCH et HERSCHEL ROSENTHAL ont comploté avec ROBERT BROADLEY, JAMES DANIELSON, STEPHEN DINNEEN, FRED GABOURIE, RON GOLDEN et PAOLO VIOLI pour commettre un acte criminel que ne vise pas l'alinéa a), b) ou c), savoir: par la supercherie, le mensonge ou d'autres moyens dolosifs, constituant ou non un faux semblant, avec l'intention de frauder, ont influé sur la cote publique des actions de BUFFALO GAS AND OIL CORPORATION LIMITED offertes en vente au public, contrairement à l'alinéa 423(d), en ce qui concerne le paragraphe 338(2) du Code criminel ...

Il n'est pas contesté que la preuve à charge est en partie faite par des témoins qui sont en regard des règles de la preuve des «complices». Comme il le devait, le juge de première instance a, dans son exposé, mis en garde les jurés contre le danger de trouver les accusés coupables sur la foi du témoignage non corroboré de complices; il leur a bien expliqué ce qu'est un témoin complice ainsi que la corroboration, leur a dit qu'il leur appartenait de décider si ces témoins étaient des témoins complices et que, si telle était leur conclusion, ils devaient se prémunir contre le danger de déclarer les accusés coupables sur la foi des témoignages non corroborés de ces complices. Les appelants reconnais-

lants agreed that these directions to the jury by the trial judge are not subject to challenge.

After performing this duty in accordance with the law, the judge went on to say:

But to assist you in this connection, I would like to call to your attention—and it's my duty to call to your attention—those pieces of evidence that exist which are capable of being corroboration.

It will be for you to decide whether in fact they do corroborate the evidence of the accomplices; but it is my duty to at least put them before you as the kind of evidence which is susceptible of being corroboration.

And of course I do not pretend to offer you an exhaustive list of the items of possible corroborative evidence. I think you can examine all of the facts and circumstances in the case and, providing you conclude that they do meet the test of corroboration that I mentioned to you earlier, you're entitled to consider them.

But I'd like to put before you now the elements that come to my mind which can, if you accept them and believe them, serve as corroboration in the direct evidence given by Danielson and Dinneen. [My emphasis.]

Appellants are challenging this procedure, which was approved by the Court of Appeal for Quebec, arguing, with the support of the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Racine*[1], that the judge not only had a duty to indicate to the jury what evidence in the case at bar was capable of constituting corroboration, but also had to tell them that they should confine themselves to the points he had indicated to them and should not, as he did, have left them free to search through other parts of the evidence, using his definition of corroborative evidence.

There is however another ground raised by appellants and which was pleaded as an alternative, and which is more a matter particular to the facts of this case than one of principle.

When arguing his case before the jury, counsel for the Crown indicated to the jurors as being capable of providing corroboration evidence which, as a matter of law, could not; this was acknowledged by respondent Crown.

[1] (1977), 32 C.C.C. (2d) 468.

sent que ces instructions du président des assises aux jurés sont inattaquables.

S'étant acquitté de cette tâche conformément à la loi, le juge ajoutait:

[TRADUCTION] Mais pour vous aider à cet égard, j'aimerais attirer votre attention (et j'ai le devoir de le faire) sur les éléments de preuve qui existent et qui sont susceptibles de corroborer.

Il vous appartient de décider s'ils corroborent en fait les témoignages des complices; mais j'ai tout au moins le devoir de vous indiquer les éléments de preuve qui sont susceptibles de corroborer.

Et bien sûr je n'ai pas la prétention de vous indiquer une liste complète des éléments de preuve qui sont susceptibles de corroborer. Vous pouvez examiner tous les faits et toutes les circonstances de l'affaire et si vous êtes d'avis qu'ils répondent au critère de la corroboration, dont je vous ai parlé plus tôt, vous pouvez en tenir compte.

Mais j'aimerais vous indiquer les éléments de preuve qui me viennent à l'esprit lesquels, dans la mesure où vous les acceptez et leur donnez foi, corroborent les témoignages directs de Danielson et de Dinneen. [C'est moi qui souligne.]

Les appelants contestent cette façon de procéder qu'entérinait la Cour d'appel du Québec en disant, à l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Racine*[1], que le juge avait non seulement le devoir d'indiquer aux jurés les éléments de preuve susceptibles en l'espèce de corroborer les témoins, mais devait de plus leur dire qu'ils devaient se limiter aux éléments qu'il leur avait indiqués et non pas, comme il l'a fait, les laisser libres d'en trouver d'autres à même la preuve, en se servant de sa définition de la preuve corroborative.

A ce grief s'en greffe un autre que les appelants plaident de façon subsidiaire et qui est davantage d'espèce que de principe.

Dans sa plaidoirie en Cour d'assises, le procureur de la Couronne avait indiqué aux jurés des éléments de preuve qui selon lui étaient susceptibles de corroborer. De fait, ces éléments de preuve ne sont pas en regard de la loi susceptibles d'être corroboratifs, et l'intimée le reconnaît.

[1] (1977), 32 C.C.C. (2d) 468.

The trial judge, who had left the jurors free to find corroboration in parts of the evidence other than those which he had indicated, did not instruct them that the parts of the evidence which the Crown had suggested as being capable of providing corroboration in fact could not, and that they were not entitled to regard them as such.

It is for this reason that appellants now argue before us that, even assuming that the judge committed no error of law by proceeding as he did, he should have—and not having done so was a fatal error on his part—nevertheless warned the jurors that they could not accept the Crown's suggestion as regards the corroborative value of those passages of the evidence. With this I agree.

It is therefore not necessary to deal with the main ground of appeal.

Furthermore, respondent in her brief and orally at the hearing in this Court took no position on the main ground, and on both grounds merely relied on the provisions of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* so that we have not had the advantage of hearing argument in support of the position adopted as regards the main ground by the trial judge and by the Court of Appeal for Quebec.

As for the omission by the judge to instruct the jury properly as regards the Crown's remarks to them, I do not think this is the kind of error which should be dealt with by resort to s. 613(1)(*b*)(iii). Respondent did not demonstrate to my satisfaction that without this error the verdict would of necessity have been the same.

Before concluding, I think it only fair to point out that the ground upon which I would allow this appeal was not raised in the Quebec Court of Appeal.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Quebec Court of Appeal and direct a new trial.

Appeal allowed.

Le juge des assises, tout en laissant les jurés libres de trouver des éléments de preuve autres que ceux qu'il leur avait indiqués comme susceptibles de corroborer les témoins complices, n'a pas pris le soin de les avertir que les éléments de preuve suggérés comme étant corroboratifs par la Couronne ne l'étaient pas et qu'il ne leur était point loisible de s'en servir comme tels.

C'est pourquoi les appelants plaident que, même en admettant que le juge ne commettait aucune erreur de droit en procédant comme il l'a fait, il devait, et c'est une erreur fatale de sa part, aviser les jurés qu'ils ne pouvaient se rendre à la suggestion de la Couronne en regard de ces éléments de preuve. Sur ce dernier point ils ont raison.

Quant à la question principale, il n'est pas nécessaire d'en traiter dans le cadre de ce pourvoi.

D'ailleurs, l'intimée dans son mémoire et oralement devant cette Cour à l'audition n'a nullement pris position sur la question principale et s'est retranchée tant sur celle-ci que sur la question subsidiaire derrière les dispositions du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, de telle sorte que nous n'avons pas eu sur ce point l'avantage d'une soutenance de la position adoptée par le juge du procès et par la Cour d'appel du Québec.

Revenant à l'omission du juge concernant les propos du procureur de la Couronne, je ne crois pas qu'il s'agit là d'une erreur où l'on devrait recourir au sous-al. 613(1)*b*)(iii). En effet, l'intimée n'a pas démontré à ma satisfaction que sans cette erreur le verdict eût été nécessairement le même.

En terminant, il n'est que juste de mentionner que le grief que j'agréerais pour accueillir ce pourvoi ne fut pas formulé devant la Cour d'appel du Québec.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Québec et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi accueilli.

Solicitors for the appellant Kirsch: Proulx, Barot & Dupuis, Montreal.

Solicitor for the appellant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montreal.

Solicitors for the respondent: Lapointe, Schachter & Champagne, Montreal.

Procureurs de l'appelant Kirsch: Proulx, Barot & Dupuis, Montréal.

Procureur de l'appelant Rosenthal: Jeffrey K. Boro, Montréal.

Procureur de l'intimée: Lapointe, Schachter & Champagne, Montréal.

Marcel Lavoie *Appellant*;

and

Fernand Michaud *Respondent.*

1981: March 11; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil law — Prescription beyond limits of title — Ten-year and thirty-year prescription — Code of Civil Procedure, art. 806.

This case concerned a motion in accordance with art. 806 *C.C.P.*, for judicial recognition of respondent's right of ownership based on ten-year prescription with title and good faith. Respondent occupied a parcel of land from 1961 to 1973, believing he was its owner under a contract of sale concluded with appellant. Both the Superior Court and the Court of Appeal were of the opinion that the conditions necessary for acquisitive prescription of ten years had been met, and they recognized respondent's right of ownership.

Held: The appeal should be allowed.

The measurements indicated in the deed of sale gave a surface area less than that claimed by respondent, with the result that the latter was claiming to prescribe beyond the limits of his title. Such prescription, as to the part beyond the limits of his title, was by not ten but thirty years.

Chalifour v. Parent (1901), 31 S.C.R. 224; *Croisetière v. Gélinas*, [1977] C.A. 183; *Warren Ross et al. v. Côme Boisvert and Antonio Bibeau et al.*, [1978] C.S. 290; *Dame Dubreuil v. Lepore*, [1957] C.S. 293, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec upholding a judgment of the Superior Court. Appeal allowed.

Robert Eidinger, for the appellant.

Réal Collin, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—This action was brought by respondent by means of a motion in accordance with art. 806 *C.C.P.*, for judicial recognition of his

Marcel Lavoie *Appelant*;

et

Fernand Michaud *Intimé.*

1981: 11 mars; 1981: 11 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit civil — Prescription au-delà du titre — Prescription décennale et trentenaire — Code de procédure civile, art. 806.

Il s'agit d'une requête en reconnaissance judiciaire du droit de propriété de l'intimé, suivant l'art. 806 *C.p.c.*, fondée sur la prescription décennale avec titre et bonne foi. De 1961 à 1973, l'intimé avait occupé une parcelle de terrain dont il se croyait propriétaire en vertu d'un contrat de vente conclu avec l'appelant. La Cour supérieure et la Cour d'appel ont jugé que les conditions requises pour la prescription acquisitive de dix ans étaient satisfaites et ont reconnu le droit de propriété de l'intimé.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les mesures portées à l'acte de vente indiquent une superficie inférieure à celle que revendique l'intimé, de sorte que ce dernier se trouve à prescrire au-delà de son titre. Or, semblable prescription n'est pas de dix ans, mais de trente ans, quant à la partie non comprise dans son titre.

Jurisprudence: *Chalifour c. Parent* (1901), 31 R.C.S. 224; *Croisetière c. Gélinas*, [1977] C.A. 183; *Warren Ross et autres c. Côme Boisvert et Antonio Bibeau et autres*, [1978] C.S. 290; *Dame Dubreuil c. Lepore*, [1957] C.S. 293.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec confirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi accueilli.

Robert Eidinger, pour l'appelant.

Réal Collin, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Ce litige a été entrepris par l'intimé au moyen d'une requête suivant l'art. 806 *C.p.c.*, en reconnaissance judiciaire de son

right of ownership based on ten-year prescription with title and good faith.

On September 9, 1961 respondent bought from appellant a piece of land described in the deed as follows:

[TRANSLATION]A site located at Val-Morin, in the sixth range of Morin township, forming part of the lot of land appearing in the official register of the parish of Sainte-Adèle as No. 7 (p. 7), measuring one hundred and fifty feet (150′) wide on its northeast and southwest boundaries and two hundred and twenty-five feet (225′) deep, English measure.

The northeast boundary of this land is parallel to the dividing line of lots six and seven and is one hundred and fifty feet (150′) distant from it. The southeast boundary of this land, extending to the northeast, cuts across the dividing line of lots six and seven at a point one thousand two hundred and ninety-two feet (1,292′) from the junction of the said dividing line of lots six and seven with the dividing line of ranges six and seven of Morin township. This land is bordered on the northeast by a road fifty feet (50′) wide; on the southeast by Lavoie Lake, on the southeast and northwest by other parts of the same lot seven owned by the seller.

Dubé J.A., speaking for the Court of Appeal, related the following facts which are not in dispute:

[TRANSLATION]Between 1961 and 1973 respondent, Fernand Michaud, occupied the land in question from Lavoie Lake to the "50′ road mentioned in the description"; but in 1973, appellant gave a right of way to another buyer over the parcel of land along Lavoie Lake in front of the Michaud property.

Michaud then investigated and learned that appellant had caused the lands in question to be registered and that, according to the plans of the new register, his land stopped some fifty feet away from Lavoie Lake, not on the bank of the lake as he had thought.

Fernand Michaud then brought a motion for judicial recognition of his right of ownership pursuant to art. 806 C.C.P.

The argument in the Superior Court and the Court of Appeal dealt with the fact of possession of this parcel of land by respondent and the nature of that possession.

Both courts concluded that the conditions necessary for acquisitive prescription of ten years had

droit de propriété fondé sur la prescription décennale avec titre et bonne foi.

Le 9 septembre 1961 l'intimé a acheté de l'appelant un terrain ainsi décrit dans l'acte:

Un emplacement situé au Val-Morin, dans le sixième rang du canton Morin, faisant partie du lot de terre figurant au cadastre officiel de la paroisse de Sainte-Adèle sous le numéro sept (p. 7), mesurant cent cinquante pieds (150′) de largeur dans ses lignes nord-est et sud-ouest et deux cent vingt-cinq pieds (225′) de profondeur, mesure anglaise.

La ligne nord-est de ce terrain est parallèle à la ligne de division des lots six et sept et en est distante de cent cinquante pieds (150′). La ligne sud-est de ce terrain, prolongée vers le nord-est, coupe la ligne de division des lots six et sept à un point distant de mille deux cent quatre-vingt-douze pieds (1,292′) du point d'intersection de cette dite ligne de division des lots six et sept avec la ligne de division des rangs six et sept du canton Morin. Ce terrain est borné au nord-est par un chemin de cinquante pieds (50′) de largeur; au sud-ouest par le Lac Lavoie, au sud-est et au nord-ouest par d'autres parties du même lot sept appartenant au vendeur.

Le juge Dubé, parlant au nom de la Cour d'appel, relate les faits suivants qui ne sont pas contestés:

De 1961 jusqu'à 1973, l'intimé, Fernand Michaud occupa le terrain en question à partir du Lac Lavoie jusqu'au «Chemin de 50′ mentionné dans la description»; mais en 1973, l'appelant donna un droit de passage à un autre acheteur sur la parcelle de terrain longeant le Lac Lavoie en front de la propriété de Michaud.

Michaud s'étant alors renseigné apprit que l'appelant avait fait cadastrer les terrains en litige et que d'après les plans du nouveau cadastre, son terrain s'arrêtait à une cinquantaine de pieds du Lac Lavoie, et non pas sur la rive du lac comme il le croyait.

C'est alors que Fernand Michaud intenta une requête en reconnaissance judiciaire du droit de propriété suivant l'article 806 C.P.C.

Tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel, le débat a porté sur le fait de la possession de cette parcelle de terrain par l'intimé et sur les qualités de cette possession.

Les deux cours ont été d'avis que les conditions requises pour la prescription acquisitive de dix ans

been met, and they recognized respondent's right of ownership.

Dubé J.A. stated:

[TRANSLATION]After noting the requirements of art. 2193 of the Civil Code, the trial judge concluded that respondent's possession had the characteristics required for prescription, namely that it was "continuous and uninterrupted, peaceable, public, unequivocal, and as proprietor".

He also clearly concluded that this possession had lasted more than ten (10) years with translatory title (art. 2251 C.C.).

I think it is clear from the evidence in the record that the respondent has fully complied with the conditions necessary for him to benefit from the ten-year prescription, if his testimony is accepted as true and preferred to appellant's testimony: this is precisely what the trial judge held, and appellant was not able on appeal to show any manifest error in this conclusion on the facts, which the trial judge was in the best position to make.

In this Court, however, appellant put forward the argument that the ten-year prescription does not assist respondent's case, as the argument of the latter involves claiming to prescribe beyond the limits of his title. Thus, the measurements of one hundred and fifty feet (150′) by two hundred and twenty-five feet (225′) indicated in the deed give a surface area of thirty-three thousand seven hundred and fifty square feet (33,750 square feet), whereas respondent is claiming an area of forty-five thousand eight hundred and thirty square feet (45,830 square feet) or an additional area of twelve thousand and eighty square feet (12,080 square feet).

Appellant wrote in his factum:

[TRANSLATION]Respondent is claiming a greater area than is given to him by his title: he lacked a title for the excess portion, namely the parcel of land at issue, and could only rely on the legal prescription, that is by thirty years, as to this excess.

In my opinion appellant is correct, and if respondent is entitled to the ownership of all of the piece of land between Lavoie Lake and the 50′ Road, as to which I express no opinion, it cannot be as a result of the ten-year prescription which is the sole basis of his action.

étaient satisfaites et ont reconnu le droit de propriété de l'intimé.

Le juge Dubé s'exprime ainsi:

Après avoir rappelé les exigences de l'article 2193 du code civil, le Juge de première instance en a conclu que la possession de l'intimé avait les qualités voulues pour prescrire c'est-à-dire qu'elle était «continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire».

Il en a aussi évidemment conclu que cette possession avait duré plus de dix (10) ans avec titre translatif de propriété (article 2251 C.C.).

D'après la preuve au dossier il me semble évident que l'intimé se qualifie parfaitement bien pour bénéficier de la prescription décennale en autant que son témoignage soit accepté comme vrai et préféré au témoignage de l'appelant; c'est précisément ce que le Juge de première instance a décidé et l'appelant n'a pas su, en appel, démontrer aucune erreur manifeste dans cette appréciation des faits que le Juge de première instance était le mieux qualifié pour apprécier.

Devant cette Cour cependant l'appelant a soulevé le moyen que la prescription décennale n'était d'aucun secours pour l'intimé car c'était de la part de celui-ci prétendre prescrire au-delà de son titre. En effet, les mesures de cent cinquante pieds (150′) par deux cent vingt-cinq pieds (225′) indiquées à l'acte donnent une superficie de trente trois mille sept cent cinquante pieds carrés (33,750 pieds carrés) alors que l'intimé revendique une superficie de quarante cinq mille huit cent trente pieds carrés (45,830 pieds carrés), soit une superficie additionnelle de douze mille quatre-vingts pieds carrés (12,080 pieds carrés).

L'appelant écrit dans son factum:

L'intimé revendique une étendue plus grande que ne lui donne son titre: pour l'excédent, à savoir la parcelle de terrain litigieuse, il se trouvait sans titre et il ne pouvait invoquer que la prescription de droit commun, c'est-à-dire trentenaire quant à cet excédent.

Je suis d'avis que l'appelant a raison et que si l'intimé a droit à la propriété de toute l'étendue de terrain entre le lac Lavoie et le Chemin de 50′, ce sur quoi je ne me prononce pas, ce ne peut être grâce à la prescription décennale sur laquelle seule son recours est fondé.

Mignault, in his treatise *Le droit civil canadien*, vol. 9, at p. 499, wrote:

[TRANSLATION]I have already said that possession must be in accordance with title. If the possessor has possessed a larger area than his title gives him, he will have no title for the excess portion, and cannot rely on the ten-year prescription as to that portion.

Rodys, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 15, wrote at p. 126:

[TRANSLATION]The holder possesses without title anything that is beyond the limits of the title;

. . .

... it is the legal prescription that will be applied to anything beyond the limits of the title (as for example, a larger piece of land), and this is the logical consequence of the general principles: the ten-year prescription is only an exception to the rule, a benefit conferred by the law on persons holding in good faith with translatory title; it is of necessity limited by the extent of the title. This rule has been consistently followed in our courts.

This principle was affirmed by this Court in *Chalifour v. Parent*[1] in which Taschereau J. wrote for the majority, at p. 231:

[TRANSLATION]There can be, appellant contends, prescription beyond the limits of a title. This is true. The buyer of a specific piece of land may prescribe ownership of a larger area than that conveyed to him by his title: but not by the ten-year prescription. He can only prescribe by thirty years the part not included in his title, the part beyond the limits of his title.

See also: *Croisetière v. Gélinas*[2]; *Warren Ross et al. v. Côme Boisvert and Antonio Bibeau et al.*[3]; *Dame Dubreuil v. Lepore*[4].

The appeal should be allowed, the judgments of the Court of Appeal and of the Superior Court set aside and the motion of the respondent dismissed with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Blanshay, Blanshay, Charbonneau & Eidinger, Montreal.

Solicitors for the respondent: Godard, Bélisle, Collin & Bertrand, Ste-Agathe-des-Monts.

[1] (1901), 31 S.C.R. 224.
[2] [1977] C.A. 183.
[3] [1978] C.S. 290.
[4] [1957] C.S. 293.

Mignault, dans son traité *Le droit civil canadien*, t. 9, à la p. 499 écrit:

J'ai déjà dit que la possession doit être conforme au titre. Si le possesseur a possédé une étendue plus grande que ne lui donne son titre, il se trouvera avoir été sans titre pour l'excédent et, partant, il ne pourra invoquer la prescription décennale quant à cet excédent.

Rodys, *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, écrit à la p. 126:

A l'égard de ce qui est au-delà du titre, le détenteur possède sans titre;

. . .

... c'est la prescription de droit commun qui sera appliquée à ce qui est au-delà du titre (par exemple, un terrain plus étendu) ce qui est la conséquence logique des principes généraux: la prescription décennale n'est qu'une exception à la règle, un bénéfice accordé par la loi à ceux qui possèdent de bonne foi et avec titre translatif de propriété; elle est nécessairement restreinte à la contenance du titre. Notre jurisprudence est unanime à consacrer la règle.

Ce principe a été confirmé par cette Cour dans *Chalifour c. Parent*[1], où le juge Taschereau écrit au nom de la majorité à la p. 231:

On peut prescrire au delà de son titre, dit l'appelant. C'est vrai. L'acquéreur d'un terrain déterminé peut prescrire la propriété d'un terrain plus étendu que celui qui lui est attribué par son titre. Mais non pas par la prescription de dix ans. Ce n'est que par trente ans qu'il peut prescrire la partie non comprise dans son titre, la partie au delà de son titre.

Voir aussi: *Croisetière c. Gélinas*[2]; *Warren Ross et autres c. Côme Boisvert et Antonio Bibeau et autres*[3]; *Dame Dubreuil c. Lepore*[4].

Le pourvoi doit être accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure infirmés, et la requête de l'intimé rejetée avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Blanshay, Blanshay, Charbonneau & Eidinger, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Godard, Bélisle, Collin & Bertrand, Ste-Agathe-des-Monts.

[1] (1901), 31 R.C.S. 224.
[2] [1977] C.A. 183.
[3] [1978] C.S. 290.
[4] [1957] C.S. 293.

Laurent Isabelle, Kenneth Hunter, Ronald Doyle, Murray Tait, Algonquin College of Applied Arts and Technology, Conestoga College of Applied Arts and Technology, Sault College of Applied Arts and Technology and Seneca College of Applied Arts and Technology *Appellants*;

and

The Ontario Public Service Employees Union *Respondent.*

1981: April 2; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Labour law — Collective agreement — Arbitration — Enforcement — Statutory provision for collective agreement binding on province's colleges — Award made against college not party to suit — Whether or not appellants bound by arbitration award — The Colleges Collective Bargaining Act, 1975, 1975 (Ont.), c. 74, s. 47(1), (5), (7).

The issue in this appeal arose out of contempt proceedings taken against four colleges and four officers of the respective colleges for failure to comply with the terms of an arbitration award. The award was made by an arbitration board constituted under a collective agreement between the Ontario Public Service Employees Union and the Ontario Council of Regents, a body statutorily authorized to bargain for all the colleges through centralized collective bargaining. One agreement binding on all the colleges was signed. The award and the grievance which led to it, however, did not relate to any of the appellants, but to Fanshawe College. After the union succeeded in the main in its grievance, it filed the award in the Ontario Supreme Court and sought appellants' compliance. The union cited appellants for contempt when they refused to comply.

The trial judge accepted the argument that there was not only centralized bargaining but also centralized arbitration with all the colleges being bound, especially in respect of a policy grievance that concerned the interpretation of a term of the collective agreement. The award was declared to be binding on the appellants but

Laurent Isabelle, Kenneth Hunter, Ronald Doyle, Murray Tait, Collège Algonquin des Arts appliqués et de Technologie, Conestoga College of Applied Arts and Technology, Sault College of Applied Arts and Technology et Seneca College of Applied Arts and Technology *Appelants*;

et

L'Association des fonctionnaires provinciaux de l'Ontario *Intimée.*

1981: 2 avril; 1981: 11 mai.

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

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

Droit du travail — Convention collective — Arbitrage — Application — Disposition législative prévoyant une convention collective qui lie tous les collèges de la province — Sentence prononcée contre un collège qui n'est pas une partie à l'action — La sentence arbitrale lie-t-elle les appelants? — The Colleges Collective Bargaining Act, 1975, 1975 (Ont.), chap. 74, art. 47(1), (5), (7).

Le point litigieux dans ce pourvoi découle de procédures en outrage au tribunal intentées contre quatre collèges et quatre dirigeants des collèges respectifs pour ne pas avoir respecté les conditions d'une sentence arbitrale. La sentence a été prononcée par un conseil d'arbitrage constitué sous le régime d'une convention collective intervenue entre l'Association des fonctionnaires provinciaux de l'Ontario et l'Ontario Council of Regents (ci-après appelé le «Conseil»), légalement habilité à négocier pour tous les collèges par le biais de négociations collectives centralisées. Une convention liant tous les collèges a été signée. La sentence et le grief à son origine n'ont cependant pas de rapport immédiat avec les appelants mais concernent le Fanshawe College. Le syndicat ayant, dans l'ensemble, eu gain de cause, il a déposé la sentence à la Cour suprême de l'Ontario et a demandé aux appelants de s'y conformer. Le syndicat a intenté des poursuites en outrage au tribunal contre les appelants quand ils ont refusé d'obtempérer.

Le juge de première instance a retenu l'argument qu'il y a non seulement négociations centralisées mais aussi arbitrage centralisé, tous les collèges étant liés, surtout lorsqu'il s'agit d'un grief collectif concernant l'interprétation d'une disposition de la convention collective. Le juge a déclaré que la sentence liait les appelants, mais il

the contempt proceedings were dismissed because the disobedience was not wilful and because the union had never before tried to bind all colleges by an award relating to one of them. The Ontario Court of Appeal dismissed appellants' appeal without reasons.

Held: The appeal should be allowed.

The designation of the parties to the agreement as the Council on behalf of the colleges (with it being later referred to as the "College" or "Colleges") and the union was not significant as far as the appeal was concerned. The Council played no role in an arbitration apart from being involved in a monthly review of the matters referred to arbitration and participating in the choice of arbitration board chairmen. The obligations in the agreement were laid principally on the colleges and the employees.

The agreement's grievance procedure envisaged a college being involved by an individual or group or union grievance and provided for arbitration. The words " ... the matter shall then by notice in writing given to the other party ... ", however, did not mean the Council so as to involve all the colleges in any arbitration because the previous steps in the procedure engaged only officials of the college against which a grievance was lodged. Similarly, the provision that the arbitrator's majority decision be binding "upon all parties concerned including the employees and the college", did not imply the involvement of all colleges. The Council, while agent of the colleges for negotiating purposes, enjoyed a status as party with little functional reach in contrast to that of the union which played an active role in the operation and administration of the agreement. That the Council was bound by an arbitration decision, therefore, had little effect.

The appellant colleges were neither notified nor invited to participate in the arbitration of the grievance giving rise to these proceedings. Despite the Council's participation in selecting the arbitration board chairman and in the monthly review the colleges could not be deemed encompassed by the arbitration.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Ontario dismissing an appeal from the judgment of Callaghan J. declaring the arbitration award binding on appellants but dismissing contempt proceedings. Appeal allowed.

Douglas K. Gray, for the appellants.

a rejeté les procédures en outrage au tribunal parce qu'il ne s'agissait pas de désobéissance intentionnelle et que le syndicat n'avait jamais auparavant cherché à obtenir que tous les collèges soient liés par une sentence touchant l'un de ceux-ci. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel des appelants sans donner de motifs.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La désignation des parties à la convention comme le Conseil pour le compte des collèges (appelé plus loin dans la convention le «collège» ou les «collèges») et le syndicat n'a aucune importance en ce qui a trait au pourvoi. Le Conseil ne joue aucun rôle dans l'arbitrage si ce n'est de participer à l'examen mensuel des questions soumises à l'arbitrage et au choix des présidents des conseils d'arbitrage. Les obligations créées par la convention reposent principalement sur les collèges et sur les employés.

Selon la procédure de règlement de griefs qui est prévue dans la convention, un collège sera touché par un grief individuel ou collectif ou du syndicat et elle prévoit le recours à l'arbitrage. Les mots «... la question est alors, par avis écrit donné à l'autre partie ... », ne désignent cependant pas le Conseil de façon à impliquer tous les collèges dans tout recours à l'arbitrage parce que les étapes antérieures de la procédure s'appliquent seulement à des dirigeants du collège contre lequel est présenté un grief. De même, il ne résulte pas de la disposition selon laquelle la décision rendue à la majorité des arbitres lie «toutes les parties intéressées, y compris les employés et le collège» que tous les collèges sont impliqués. Bien que le Conseil soit le mandataire des collèges aux fins de la négociation, sa position de partie, à la différence de celle du syndicat, qui joue un rôle actif dans le fonctionnement et l'application de la convention, n'a que peu de valeur pratique. Que le Conseil soit lié par une sentence arbitrale a donc peu d'effet.

Les collèges appelants n'ont été ni avisés de l'arbitrage du grief à l'origine de ces procédures ni invités à y participer. Malgré la participation du Conseil au choix du président du conseil d'arbitrage et à l'examen mensuel, on ne peut considérer les collèges comme parties à l'arbitrage.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a rejeté un appel formé contre la décision du juge Callaghan qui a déclaré que la sentence arbitrale liait les appelants mais a rejeté les procédures en outrage au tribunal. Pourvoi accueilli.

Douglas K. Gray, pour les appelants.

Ian Scott, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this case, which is here by leave of this Court, arises out of contempt proceedings taken against four colleges of applied arts and technology and against four officers of the respective colleges (the presidents of three of them and the director of personnel services of the fourth) for failure to comply with the terms of an arbitration award.

The unique feature of this case is that the award and the grievance which led to it did not immediately relate to any of the appellants but rather to another college of applied arts and technology, Fanshawe College. The merits of the award are not, as such, in dispute. It was made by an arbitration board constituted under a collective agreement between the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology and the Ontario Public Service Employees Union, recognized as the collective bargaining agent of all academic employees of some twenty-two colleges of applied arts and technology in Ontario. That agreement was made pursuant to *The Colleges Collective Bargaining Act, 1975*, 1975 (Ont.), c. 74.

Section 2(3) of the Act provides that the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology "shall have the exclusive responsibility for all negotiations on behalf of employers conducted under this Act". There is in the Act a definition of "employer" ("means a board of governors of a college of applied arts and technology") and of "employee" ("means a person employed by a board of governors of a college ... in a position or classification that is within the academic staff bargaining unit or the support staff bargaining unit set out in Schedules 1 and 2"). Provision is made in s. 4 of the Act for negotiations to be carried out in respect of any term or condition of employment put forward "by either party" except superannua-

Ian Scott, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le point litigieux dans ce pourvoi, formé avec l'autorisation de cette Cour, découle de procédures en outrage au tribunal intentées contre quatre collèges des arts appliqués et de technologie et contre quatre dirigeants des collèges respectifs (le président de trois de ceux-ci et le directeur des services du personnel du quatrième) pour ne pas avoir respecté les conditions d'une sentence arbitrale.

Cette affaire présente l'aspect particulier que la sentence et le grief à son origine n'ont pas de rapport immédiat avec les appelants mais concernent plutôt un autre collège des arts appliqués et de technologie, soit le Fanshawe College. Le bien-fondé de la sentence n'est pas en soi en litige. Elle a été prononcée par un conseil d'arbitrage constitué sous le régime d'une convention collective intervenue entre l'Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology (ci-après appelé le «Conseil») et l'Association des fonctionnaires provinciaux de l'Ontario, cette dernière étant reconnue comme l'agent négociateur de tout le personnel enseignant des quelque vingt-deux collèges des arts appliqués et de technologie de l'Ontario. Cette convention a été conclue en vertu de *The Colleges Collective Bargaining Act, 1975*, 1975 (Ont.), chap. 74.

Le paragraphe 2(3) de la Loi dispose que le Conseil [TRADUCTION] «a la responsabilité exclusive de toutes les négociations menées en vertu de la présente loi pour le compte des employeurs». Il y a dans la Loi une définition du terme «employeur», qui [TRADUCTION] («désigne le bureau des gouverneurs d'un collège des arts appliqués et de technologie»), ainsi que du terme «employé», qui [TRADUCTION] («désigne une personne employée par le bureau des gouverneurs d'un collège ... et qui occupe un poste ou qui tombe dans une classification relevant soit de l'unité de négociation du personnel enseignant, soit de l'unité de négociation du personnel de soutien prévues aux annexes 1 et 2»). L'article 4 de la Loi prévoit la tenue de négociations sur toute condition d'emploi, à l'ex-

tion; and "party" is defined to mean "the Council or an employee organization".

In short, the Act provides for centralized collective bargaining leading to one collective agreement governing all colleges and (in the present case) all their academic employees. The Ontario Council of Regents, statutorily authorized to bargain for all colleges, is constituted under *The Ministry of Colleges and Universities Act, 1971*, 1971 (Ont.), c. 66, s. 6, its members appointed by the provincial government. This Act also provides for the appointment of a board of governors for each college established pursuant to s. 6.

Section 47(1) of *The Colleges Collective Bargaining Act, 1975*, requires that every collective agreement shall provide for final and binding arbitration "of all differences between an employer and the employee organization arising from the interpretation, application, administration or alleged contravention of the agreement including any question as to whether a matter is arbitrable". If an agreement does not so provide, then a clause to that end, as specified in s. 47(2) is deemed to be included in the agreement. In the present case, the parties did provide for final and binding arbitration as directed by s. 47(1). Their agreement provided for different classes of grievances which, unresolved, could end up in arbitration. These classes were (1) individual grievances; (2) group grievances; (3) union grievances; and (4) grievances by a college. The arbitration in the present case arose out of a union grievance lodged specifically against Fanshawe College. In the words of the arbitration award "[it was] a policy grievance relating to a number of issues concerning vacation pay and holiday entitlement". The union succeeded in the main in its grievance, especially as it related to the allegedly improper fragmentation of vacations for members of the academic staff at Fanshawe College. Having filed the award in the office of the Registrar of the Supreme Court of Ontario, as provided by s. 47(6) of the Act, ("whereupon the decision shall be entered in the same way as a judgment or order of that court and

ception de la pension de retraite, proposée par [TRADUCTION] «l'une ou l'autre partie»; et le terme «partie» désigne «le Conseil ou une organisation d'employés».

Bref, la Loi prévoit des négociations collectives centralisées, le tout aboutissant à une seule convention collective régissant tous les collèges et, en l'espèce, tout leur personnel enseignant. Le Conseil, légalement habilité à négocier pour tous les collèges, a été institué sous le régime de *The Ministry of Colleges and Universities Act, 1971*, 1971 (Ont.), chap. 66, art. 6, et ses membres sont nommés par le gouvernement provincial. Cette loi prévoit également la nomination d'un bureau des gouverneurs pour chaque collège établi conformément à l'art. 6.

Le paragraphe 47(1) de *The Colleges Collective Bargaining Act, 1975*, exige que toute convention collective prévoie la soumission à l'arbitrage définitif et exécutoire [TRADUCTION] «de tous les différends entre un employeur et l'organisation d'employés découlant de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de la prétendue violation de la convention, y compris toute question de savoir si un différend peut faire l'objet d'arbitrage». Si une convention ne le prévoit pas, une clause à cet effet, dont l'énoncé se trouve au par. 47(2), est réputée faire partie de la convention. En l'espèce les parties ont prévu l'arbitrage définitif et exécutoire conformément au par. 47(1). La convention prévoyait différentes catégories de griefs qui, en cas d'impasse, pouvaient aboutir à l'arbitrage. Ces catégories étaient les suivantes: (1) les griefs individuels; (2) les griefs collectifs; (3) les griefs syndicaux; et (4) les griefs présentés par un collège. Dans le cas qui nous occupe, le recours à l'arbitrage est né d'un grief syndical déposé spécifiquement contre le Fanshawe College. Aux termes de la sentence arbitrale, [TRADUCTION] «[il s'agissait d']un grief collectif portant sur plusieurs questions relatives aux indemnités de vacances et le droit aux congés». Le syndicat a, dans l'ensemble, eu gain de cause, particulièrement en ce qui concerne la prétendue fragmentation injustifiée des vacances des membres du personnel enseignant du Fanshawe College. Après avoir déposé la sentence au bureau du registraire de la Cour suprême

is enforceable as such"), the union sought compliance therewith by the appellants and, that having been refused, it cited them for contempt.

What was urged before Callaghan J., before whom the contempt proceedings came, was that there was not only centralized bargaining but centralized arbitration, all colleges being bound by an award, especially in respect of a policy grievance respecting interpretation of terms of the collective agreement. This contention was accepted by the learned judge who held that the Council was bound by the particular interpretation and all the colleges through the Council. Holding, however, that the disobedience was not wilful and since the union had never before sought to bind all colleges by an award relating to one of them, he dismissed the contempt proceedings but made a declaration that the award was binding on the appellants. The Ontario Court of Appeal dismissed an appeal by the appellants without written reasons. I am constrained to say that this is a case in which reasons would have been very welcome.

There are a number of provisions of the collective agreement and of the governing statute to which reference is necessary for the proper disposition of this appeal. First, as to the statute. I have already referred to s. 47(1) which requires final and binding arbitration of specified differences "between an employer and the employee organization". Two other provisions of s. 47 are germane, ss. 47(5) and (7). They are as follows:

47. ...

(5) The decision of an arbitrator or of an arbitration board is final and binding upon the employer, employee organization and upon the employees covered by the agreement who are affected by the decision, and such employer, employee organization and employees shall do

de l'Ontario, en conformité du par. 47(6) de la Loi [TRADUCTION] («la décision est alors inscrite de la même façon qu'un jugement ou une ordonnance de ladite cour et elle a la même force exécutoire qu'un tel jugement ou une telle ordonnance»), le syndicat a demandé aux appelants de s'y conformer. Ces derniers ayant refusé d'obtempérer, le syndicat a intenté contre eux des poursuites en outrage au tribunal.

On a fait valoir devant le juge Callaghan, qui fut saisi des procédures en outrage au tribunal, qu'il y a non seulement négociations centralisées mais aussi arbitrage centralisé, tous les collèges étant liés par une sentence, surtout lorsqu'il s'agit d'un grief collectif portant sur l'interprétation des dispositions de la convention collective. Cette prétention a été retenue par le savant juge, qui a décidé que le Conseil et, par son intermédiaire, tous les collèges, étaient liés par l'interprétation en question. Concluant toutefois qu'il ne s'agissait pas de désobéissance intentionnelle et puisque le syndicat n'avait jamais auparavant cherché à faire lier tous les collèges par une sentence touchant l'un de ceux-ci, le juge a rejeté les procédures en outrage au tribunal, mais il a déclaré que la sentence liait les appelants. La Cour d'appel de l'Ontario a, sans donner de motifs écrits, rejeté l'appel formé par ces derniers. Je dois dire que dans ce cas des motifs écrits auraient été très bien accueillis.

Pour bien statuer sur ce pourvoi, il est nécessaire de mentionner plusieurs dispositions de la convention collective ainsi que de la loi qui la régit. Prenons d'abord la loi. J'ai déjà fait allusion au par. 47(1), qui exige la soumission à l'arbitrage définitif et exécutoire des différends spécifiés [TRADUCTION] «entre un employeur et l'association d'employés». Deux autres dispositions de l'art. 47 sont pertinentes, soit les par. 47(5) et (7). En voici le texte:

[TRADUCTION]

47. ...

(5) La décision de l'arbitre ou du conseil d'arbitrage est définitive et lie l'employeur, l'association d'employés et les employés auxquels s'applique la convention et qui sont visés par ladite décision. Et l'employeur, l'association d'employés et les employés doivent faire ou ne pas

or refrain from doing anything required of them by the decision.

. . .

(7) The employer and employee organization shall each pay one-half the remuneration and expenses of the arbitrator or chairman of the board of arbitration referred to in this section and shall pay the remuneration and expenses of the person it appoints to such an arbitration board.

Second, as to the collective agreement. I observe, before considering its relevant terms, that s. 52(1) of the Act provides that an agreement is binding upon the Council, the employers and the employee organization that is a party to it and upon the employees in the bargaining unit covered by the agreement. Counsel for the respondent union directed attention to the designation of the parties to the agreement, being the Council on behalf of all colleges and the union, with the Council said to be "hereinafter referred to as the 'College' or 'Colleges' ". I see nothing significant in this, so far as the issue in this appeal is concerned, because the obligations under the agreement are in the main laid upon the colleges and the employees. The Council has no managerial or administrative role in respect of the operation of colleges. It comes into the agreement under s. 9.04(a) which sets up a panel of persons from which a chairman of an arbitration board is to be chosen and which then goes on to provide as follows:

9.04(a) . . .

Representatives of the council and the Union shall meet monthly to review the matters referred to arbitration and agree to the assignment of a Chairman to hear each of the grievances. The Chairman shall be assigned either by agreement or, failing agreement, by lot. The parties may from time to time by mutual agreement add further names to such panel. Following selection of a Chairman, the College and the Union shall each appoint its arbitrator within ten days thereafter and forthwith notify the other party and the Chairman. However, if the College and Union mutually agree prior to selection of a Chairman to arbitration by a sole arbitrator, he shall be selected from the panel as in the case of a Chairman and the other provisions referring to an arbitration board shall appropriately apply.

. . .

faire tout ce qu'ils sont, aux termes de la décision, tenus de faire ou de ne pas faire.

. . .

(7) L'employeur et l'association d'employés paient chacun la moitié de la rémunération et des dépenses de l'arbitre ou du président du conseil d'arbitrage visé au présent article, et chacun paie la rémunération et les dépenses de la personne qu'il nomme audit conseil d'arbitrage.

Passons ensuite à la convention collective. Je fais remarquer, avant d'en examiner les dispositions pertinentes, que selon le par. 52(1) de la Loi, sont liés par une convention le Conseil, les employeurs et l'association d'employés qui en est signataire ainsi que les employés compris dans l'unité de négociation à laquelle s'applique la convention. L'avocat du syndicat intimé a attiré l'attention sur la désignation des parties à la convention, soit le Conseil, [TRADUCTION] «ci-après, appelé le «collège» ou les «collèges», pour le compte de tous les collèges, et le syndicat. Je ne vois là aucune importance en ce qui a trait à la question soulevée par le présent pourvoi, car les obligations créées par la convention reposent principalement sur les collèges et sur les employés. Le Conseil ne joue dans le fonctionnement des collèges aucun rôle directorial ou administratif. C'est en vertu de la clause 9.04a), qui établit une liste de personnes parmi lesquelles doit être choisi le président d'un conseil d'arbitrage, que le Conseil figure dans la convention. Cette clause poursuit en disposant:

[TRADUCTION]

9.04a) . . .

Les représentants du conseil et du syndicat se réunissent mensuellement afin d'étudier les questions soumises à l'arbitrage et de se mettre d'accord sur la désignation d'un président pour entendre chacun des griefs. Le président est désigné soit par voie d'entente ou, à défaut d'entente, par tirage au sort. Les parties peuvent, à l'occasion, sur accord mutuel, ajouter des noms à la liste. Dans les dix jours qui suivent le choix du président, le collège et le syndicat nomment chacun son arbitre et en avisent immédiatement l'autre partie ainsi que le président. Si toutefois le collège et le syndicat se mettent d'accord, avant le choix du président, sur l'arbitrage par un seul arbitre, ce dernier est choisi à même la liste comme dans le cas du président et les autres dispositions relatives au conseil d'arbitrage s'appliquent en conséquence.

. . .

(c) The finding of the majority of the arbitrators as to the facts and as to the interpretation, application, administration or alleged contravention of the provisions of this Agreement shall be final and binding upon all parties concerned, including the employee(s) and the College.

c) La décision majoritaire des arbitres quant aux faits et quant à l'interprétation, l'application, l'administration ou quant à la prétendue violation des dispositions de la présente convention est définitive et lie toutes les parties intéressées, y compris les employés et le collège.

In context, the "parties concerned" in s. 9.04(c) would be the Council and the union but it is largely formalism in respect of the Council.

Dans ce contexte, les «parties intéressées» de la clause 9.04c) seraient le Conseil et le syndicat, mais pour ce qui est du Conseil, ce n'est en grande partie que formalisme.

Apart from being involved in the monthly review and in participating in the choice of a chairman from the panel, the Council plays no other role. Individual and group grievances are addressed to the particular college and even a union grievance is, under s. 9.10, one based "on a difference directly with the College". It is the particular college and the union which appoint arbitrators to sit with the chairman under s. 9.04(a); and under s. 9.04(e), it is the college and the union that share the fees and expenses of the chairman. It is fairly evident that the agreement is addressed to the respective colleges and the grievance procedure under it envisages that, generally, particular colleges will be involved either by an individual grievance or group grievance or union grievance.

Outre sa participation à l'examen mensuel et au choix, à même la liste, du président, le Conseil ne joue aucun autre rôle. Les griefs tant individuels que collectifs sont adressés au collège concerné et, aux termes de la clause 9.10, même un grief du syndicat en est un qui est fondé sur [TRADUCTION] «un différend avec le collège directement». Ce sont le collège concerné et le syndicat qui nomment des arbitres pour siéger avec le président conformément à la clause 9.04a); et en vertu de la clause 9.04e), ce sont le collège et le syndicat qui se partagent les honoraires et les dépenses du président. Il est assez évident que la convention vise les collèges respectifs et que, selon la procédure de règlement de griefs qui y est prévue, ce seront, de façon générale, les collèges individuels qui seront touchés par un grief individuel ou collectif ou par un grief du syndicat.

Counsel for the respondent pointed to the terms of s. 9.03 of the agreement providing for a reference to arbitration if settlement is not reached in the previous stages of the grievance procedure. The words relied on are: " ... the matter shall then, by notice in writing given to the other party within ten (10) days of the date of receipt by the grievor of the decision of the College official at Step No. 2, be referred to arbitration as hereinafter provided". The contention is that "the other party" means the Council, so as to involve all the colleges in any arbitration. I do not think that the context supports this view since both Step No. 1 and Step No. 2 engage officials of the college against which a grievance is lodged.

L'avocat de l'intimée a invoqué la clause 9.03 de la convention qui prévoit, advenant le cas où les étapes précédentes de la procédure de règlement de griefs n'aboutissent pas à un règlement, le renvoi à l'arbitrage. Les termes sur lesquels il se fonde sont: [TRADUCTION] « ... la question est alors, par avis écrit donné à l'autre partie dans les dix (10) jours qui suivent la date de réception par le plaignant de la décision du dirigeant du collège visée à la seconde étape, soumise à l'arbitrage suivant les modalités ci-après prévues». On prétend que «l'autre partie» désigne le Conseil, de façon à impliquer tous les collèges dans tout recours à l'arbitrage. Je n'estime pas que le contexte justifie cette opinion, car tant la première que la seconde étapes s'appliquent à des dirigeants du collège contre lequel est présenté un grief.

An argument similar to that made by the respondent on s. 9.03 was addressed to s. 9.04(c) which makes the finding of the majority of the arbitrators final and binding "upon all parties concerned, including the employee(s) and the College". This does not carry the respondent's position very far. It may be said that, formally, the Council is bound by an arbitration award but this has no substantial effect unless the respondent's assertion that all colleges are bound follows. In my view, it does not. I come back to the point mentioned earlier (and from which the respondent sought to draw comfort) that the Council is named as a party to the collective agreement, with the explanatory words "hereinafter referred to as the 'College' or 'Colleges' ". However, the designation of the Council as a party is immediately followed by the words "with respect to and on behalf of Colleges of Applied Arts and Technology". Having regard to the substantive terms of the collective agreement, this signifies to me that the Council is truly an agent, but only for the purpose of negotiating the rights and obligations of the collective agreement. Its status as a party has, as I have already noted, little functional reach. It is, in this respect, unlike the respondent union as the other party to the collective agreement; the respondent does have an active role in the operation and administration of the agreement, as do the employees, represented by the respondent.

I pass to another feature of the present case, strongly relied on by the appellants. It appears that the grievance out of which these proceedings arose was addressed only to Fanshawe College and that the appellant Colleges were neither notified of nor invited to participate in the arbitration. To this the respondent answers that the Council must be taken to know of the pending arbitration because of the monthly review meetings and its role in the selection of a chairman of the arbitration board. This, in my view, is hardly a ground for holding all the colleges must be deemed to have been encompassed in the arbitration arising out of a grievance addressed to Fanshawe College alone. Indeed, there were two previous arbitrations relating to vacation entitlement, involving two of the appellants, Conestoga College and Seneca College

Un argument semblable à celui fondé sur la clause 9.03 a été mis de l'avant par l'intimée relativement à la clause 9.04c), selon laquelle la décision rendue à la majorité des arbitres est définitive et lie «toutes les parties intéressées, y compris les employés et le collège». Mais cela n'avance guère l'intimée. On peut dire que, formellement, le Conseil est lié par une sentence arbitrale, mais cela demeure sans effet important, à moins qu'il ne soit vrai, comme l'a affirmé l'intimée, que tous les collèges sont liés. A mon avis ce n'est pas le cas. Je reviens au point évoqué plus haut (et sur lequel l'intimée a voulu s'appuyer), selon lequel, en vertu des mots explicatifs «ci-après appelé le «collège» ou les «collèges» », le Conseil est nommé partie à la convention collective. La désignation de ce dernier comme partie est cependant immédiatement suivie des mots [TRADUCTION] «à l'égard et pour le compte des Collèges des arts appliqués et de technologie». Compte tenu des dispositions de fond de la convention collective, cela m'indique que le Conseil est véritablement un mandataire, mais aux seules fins de la négociation des droits et obligations faisant l'objet de la convention collective. Sa position de partie n'a, comme je l'ai déjà noté, que peu de valeur pratique. Le Conseil en sa qualité d'autre partie à la convention collective est, de ce point de vue, différent du syndicat intimé; celui-ci, tout comme les employés qu'il représente, joue un rôle actif dans le fonctionnement et l'application de la convention.

Je passe maintenant à un autre aspect de la présente affaire, aspect sur lequel se sont fortement appuyés les appelants. Il appert que le grief à l'origine de ces procédures était adressé au Fanshawe College seulement et que les Collèges appelants n'ont été ni avisés de l'arbitrage ni invités à y participer. A quoi l'intimée répond que le Conseil, en raison des réunions mensuelles d'examen et en raison de son rôle dans le choix du président du conseil d'arbitrage, doit être présumé avoir eu connaissance de l'arbitrage qui était en cours. Cela, à mon avis, ne constitue guère un motif pour conclure que tous les collèges sont forcément réputés avoir été parties à l'arbitrage découlant d'un grief adressé au Fanshawe College uniquement. En fait, il y a eu deux recours antérieurs à l'arbitrage portant sur le droit aux vacances dans lesquels

respectively, and in neither of those cases were any other colleges associated in the arbitrations. Nor did the respondent, the arbitration awards having gone against it, take the position that the awards bound it and all the other colleges.

étaient impliqués deux des appelants, soit le Conestoga College et le Seneca College respectivement, et dans ni l'un ni l'autre cas d'autres collèges n'étaient parties à l'arbitrage. Et l'intimée, les sentences arbitrales lui ayant été défavorables, n'a pas prétendu que les sentences liaient le syndicat et tous les autres collèges.

I do not think it necessary to determine in this case whether want of natural justice is enough to defeat the contempt proceedings taken against the appellants. It would only be necessary to consider this on the assumption that there is centralized arbitration and I hold the view that there is no basis for such an assumption or for such a finding under the governing legislation and agreement. No doubt, there is some virtue in having all collective agreement interpretations binding on all those who are covered by the same collective agreement as employers, employees and their respective bargaining agents. However, the statute and the agreement itself recognize, by their terms, that differences will arise which do not necessarily engage all colleges and all their employees, and they have left grievances to be addressed to individual colleges, as was done here. Respondent conceded that in dismissal grievances, for example, there could hardly be occasion to involve all colleges with respect to dismissals involving employees of one only.

Je n'estime pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de savoir si l'inobservation des règles de justice naturelle suffit pour faire rejeter les procédures en outrage au tribunal intentées contre les appelants. Il n'y aurait lieu d'examiner ce point que dans l'hypothèse de l'existence d'arbitrage centralisé. Or, je suis d'avis que rien dans la loi applicable et rien dans la convention ne justifie une telle hypothèse ou une décision à cet effet. Il y a sans doute quelque avantage à faire lier par toutes les interprétations d'une convention collective tous ceux, c'est-à-dire employeurs, employés et leurs agents négociateurs respectifs, à qui s'applique la même convention. Cependant la loi et la convention elle-même reconnaissent qu'il surgira des différends qui ne concernent pas nécessairement tous les collèges ni tous leurs employés et que les griefs seront adressés aux collèges visés, comme ce fut le cas en l'espèce. L'intimée a reconnu qu'en matière de griefs portant sur le congédiement, par exemple, il n'y aurait guère lieu, s'il ne s'agissait que du congédiement des employés d'un seul collège, d'y impliquer tous les collèges.

There is no hierarchy of adjudication in collective agreement arbitration and one arbitration board is not bound (unless the agreement or statute so provides) by an award and a particular interpretation given by another board which disposed of a similar issue in previous proceedings. Even in terms of his position in this case, counsel for the respondent conceded that the issue decided in respect of Fanshawe College might be relitigated by a Council grievance. The collective agreement does not expressly provide for a grievance by the Council but, presumably, counsel means that all the colleges might combine to enforce arbitration intended to review a previous award or, at least, if only one of them brought proceedings it

Il n'existe dans le domaine de l'arbitrage en application d'une convention collective aucune hiérarchie des décisions et un conseil d'arbitrage n'est pas lié (à moins que la convention ou la loi ne le stipule) par la sentence rendue ou par l'interprétation particulière donnée par un autre conseil qui a déjà statué sur une question du même ordre. Même dans le cadre de la position qu'il a prise en l'espèce, l'avocat de l'intimée a reconnu que la question tranchée à l'égard du Fanshawe College pourrait, par suite d'un grief du Conseil, faire l'objet d'un nouveau litige. La convention collective ne prévoit pas expressément le dépôt d'un grief par le Conseil, mais l'avocat veut dire, je suppose, que tous les collèges pourraient s'unir pour exiger

would seek to associate the other colleges in them.

Be that as it may, I do not see enough in the present collective agreement to support the respondent's claim and, indeed the statute itself does not support it. It is, hence, unnecessary to deal with the argument of the appellants, under s. 49(2) of the governing Act, that there is inconsistency between the collective agreement and the Act with the result that the latter prevails.

I would, accordingly, allow the appeal, set aside the judgments below and dismiss the application, disallowing as well the declaration made at first instance. The appellants are entitled to costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Solicitors for the respondent: Cameron, Brewin and Scott, Toronto.

l'arbitrage dans le but de réviser une sentence antérieure ou, du moins, si un seulement des collèges intentait des procédures, il chercherait à y associer tous les autres.

Quoi qu'il en soit, je ne vois dans la convention collective en question rien qui suffise à appuyer la prétention de l'intimée et, en fait, même la loi ne l'appuie pas. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'argument des appelants fondé sur le par. 49(2) de la Loi applicable, selon lequel il y a incompatibilité entre la convention collective et la Loi, de telle sorte que celle-ci prévaut.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les décisions des tribunaux d'instance inférieure et de rejeter la demande de même que la déclaration faite en première instance. Les appelants ont droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Procureurs de l'intimée: Cameron, Brewin et Scott, Toronto.

Dorbern Investments Limited, carrying on business under the firm name and style of Corvair Home Builders (*Plaintiff-Appellant*) *Appellant*;

and

The Provincial Bank of Canada (*Defendant-Appellant*) *Respondent*;

and

Frank Lentini and Tony Caparello (*Defendants*).

1981: March 9; 1981: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mechanics' liens — Priorities — Mortgagee and lien holder — Funds advanced prior to rise of lien but mortgage only taken as security after rise of lien and with no notice of lien — Mortgage registered prior to registration of lien — The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, ss. 7(3), (4), 14(1), 16, 20, 21, 22 — The Registry Act, R.S.O. 1970, c. 409, ss. 69(1), 70.

The issue in this appeal was whether a mortgage on land for past indebtedness, given after a mechanic's lien on the land had arisen, had priority over the lien, of which no previous written notice had been given to the mortgagee, where the latter registered its mortgage prior to the registration of the claim for lien. The local judge found for the lien claimant but his judgment was reversed by the Ontario Divisional Court which accorded priority to the mortgagee. The Court of Appeal dismissed the lien claimant's appeal without written reasons.

The lien claimant began work in September 1972. Respondent bank's predecessor advanced money for the work to the landowners between April 5, 1973, and June 15, 1973, taking as security a chattel mortgage on equipment on the premises and a mortgage on other property. As further security, a mortgage on the subject land was given July 12, 1973 and registered July 30, 1973. The claim for lien was registered August 1, 1973.

Dorbern Investments Limited, faisant affaires sous la raison sociale de Corvair Home Builders (*Demanderesse-appelante*) *Appelante*;

et

La Banque Provinciale du Canada (*Défenderesse-appelante*) *Intimée*;

et

Frank Lentini et Tony Caparello (*Défendeurs*).

1981: 9 mars; 1981: 28 mai.

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

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

Privilèges de constructeur — Priorités — Créancier hypothécaire et créancier privilégié — Avance de fonds antérieure à la naissance du privilège mais constitution de l'hypothèque uniquement comme sûreté après la naissance du privilège et sans avis de celui-ci — Enregistrement de l'hypothèque antérieur à celui du privilège — The Mechanics' Lien Act, S.R.O. 1970, chap. 267, art. 7(3), (4), 14(1), 16, 20, 21, 22 — The Registry Act, S.R.O. 1970, chap. 409, art. 69(1), 70.

La question que pose ce pourvoi est celle de savoir si une hypothèque immobilière pour une dette antérieure, accordée après la naissance d'un privilège de constructeur sur le bien-fonds, prend rang avant le privilège, dont avis écrit n'a pas été donné au créancier hypothécaire, si l'hypothèque est enregistrée avant la revendication de privilèges. Le juge local a conclu en faveur du créancier privilégié mais la Cour divisionnaire de l'Ontario a infirmé sa décision et accordé la priorité au créancier hypothécaire. La Cour d'appel a rejeté l'appel du créancier privilégié sans motifs écrits.

Le créancier privilégié a commencé des travaux en septembre 1972. L'auteur en titre de la banque intimée a fait des avances de fonds aux propriétaires en raison des travaux, entre le 5 avril 1973 et le 15 juin 1973. Il a accepté une hypothèque mobilière sur des équipements situés sur place et une hypothèque sur un autre bien-fonds. Pour augmenter les garanties, les propriétaires ont consenti et la banque a accepté une hypothèque sur le bien-fonds en question le 12 juillet 1973, hypothèque enregistrée le 30 juillet 1973. La revendication de privilège a été enregistrée le 1er août 1973.

The lending bank, while it knew of the work being performed on the land in question, received no written notice of the lien prior to advancing the money for the work. The advance was made independently of any mortgage on the land so that the lending bank did not come within the provisions of s. 14(1) as having made advances "on account of any ... mortgage". The question, therefore, was whether s. 14(1) was a complete code in this situation to give priority to the lien claimant notwithstanding the fact that the lien claim was registered after the mortgage.

Held: The appeal should be dismissed.

Neither the lien claimant nor the mortgagee were assisted by s. 14(1). The mortgagee did not fall within that subsection. The lien holder was not assisted by it because the provision gave priority, once the lien arose, only in respect of subsequent advances under the mortgage where written notice or registration preceded such advance. This limited, conditioned priority could not be turned into a general one.

Any legal interest created by *The Mechanics' Lien Act* was subject to defeasance unless steps were taken pursuant to the Act to protect it. The registration requirements had to be met to enforce the lien even in the absence of competing interests.

Both principle and s. 20 of the Act compelled resort to the relation between a registered lien to other registered interests when the order of priorities was not prescribed. Nothing in the Act, apart from s. 14(1), gave an unregistered lien priority, and where subsequent adverse interests were asserted, the lien claimant was driven to registration for protection at large and as against adverse claimants to an interest in the land. Section 20 recognized this consideration for it provided that, on registration, "the person entitled to a lien shall be deemed to be a purchaser *pro tanto*" and "a purchaser within the provisions of *The Registry Act* and *The Land Titles Act*". The section's concluding words—"except as herein otherwise provided, these acts do not apply to any lien arising under this Act"—meant not otherwise applying, thereby leaving for determination under them the effect of a lien claimant's becoming purchaser by virtue of registration of a lien claim.

La banque prêteuse savait que des travaux étaient en cours sur le bien-fonds en cause mais n'a reçu aucun avis écrit du privilège avant d'avancer les fonds pour financer les travaux. Les avances de fonds ont été faites indépendamment de toute hypothèque sur le bien-fonds de sorte que la banque prêteuse ne répond pas aux dispositions du par. 14(1) car il ne s'agit pas d'avances «à valoir sur ... une hypothèque». La question est donc de savoir si le par. 14(1) est un code complet qui, dans ces circonstances, accorde la priorité au créancier privilégié même si l'enregistrement de la revendication de privilèges est postérieur à l'enregistrement de l'hypothèque.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 14(1) n'est d'aucun secours ni au créancier privilégié ni au créancier hypothécaire. Le créancier hypothécaire ne répond pas aux conditions de ce paragraphe. Le créancier privilégié n'en tire pas avantage parce que la disposition accorde priorité, après la naissance du privilège, seulement à l'égard des avances subséquentes faites en vertu de l'hypothèque, si l'avis écrit ou l'enregistrement de la revendication de privilège a précédé ces avances. Cette priorité limitée et conditionnelle ne peut se transformer en une priorité inconditionnelle.

Tout droit strict créé par *The Mechanics' Lien Act* est susceptible de caducité à moins que certaines mesures ne soient prises conformément à la Loi pour le protéger. Il faut satisfaire à l'obligation d'enregistrer pour faire valoir le privilège même en l'absence de droits concurrents.

Il résulte à la fois des principes et de l'art. 20 de la Loi qu'il faut nécessairement avoir recours au rapport entre un privilège enregistré et les autres droits enregistrés quand l'ordre de priorité n'est pas défini. Rien dans la Loi, sauf le par. 14(1) ne donne priorité à un privilège non enregistré, et lorsque le créancier privilégié revendique des droits concurrents subséquents, il est forcément amené à enregistrer pour bénéficier d'une protection au sens large et en particulier contre ceux qui prétendent à des droits concurrents sur le bien-fonds. L'article 20 reconnaît cette dernière considération en disposant que dès l'enregistrement «le titulaire d'un privilège est réputé un acquéreur pour autant» et «un acquéreur au sens des dispositions de *The Registry Act* et *The Land Titles Act*». Les derniers mots de l'article, «sauf dans la mesure ci-après prévue, ces lois ne s'appliquent à aucun privilège créé en vertu de la présente Loi», signifient que ces lois, n'ayant pas d'autre application, servent uniquement à déterminer quelle conséquence a pour un créancier privilégié le fait de devenir acquéreur par l'enregistrement d'une revendication de privilège.

Under ss. 69(1) and 70 of *The Registry Act*, priority was recognized according to priority of registration. Rather than taking the subject land as security, the mortgagee looked to other security, taking the mortgage as collateral only. No supportable distinction could be drawn between a collateral mortgage given as additional security for a previous advance financing construction on the land affected by the lien claim and a collateral mortgage given as additional security but not related to construction on that land. There was no basis upon which the collateral mortgage, by reason of its being collateral, could be subordinated to an unregistered or later registered lien claim to which the mortgagee had no previous notice.

APPEAL from a decision of the Ontario Court of Appeal[1], upholding the judgment of the Ontario Divisional Court reversing the decision of Scott J. Appeal dismissed.

Robert E. Edgar, Q.C., and *Edward M. Werner*, for the (plaintiff-appellant) appellant.

C. E. Woollcombe, Q.C., for the (defendant-appellant) respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal is whether a mortgage on land for past indebtedness, given after a mechanic's lien on the land has arisen, has priority over the lien, of which no previous written notice was given to the mortgagee, where the latter registers its mortgage prior to the registration of the claim for lien. This issue engages ss. 14(1) and 20 of *The Mechanics' Lien Act*, R.S.O. 1970, c. 267, and the alleged application of ss. 69 and 70 of *The Registry Act*, R.S.O. 1970, c. 409.

The local judge found for the lien claimant but his judgment was reversed by the Ontario Divisional Court which accorded priority to the mortgagee. The Court of Appeal dismissed the lien claimant's appeal without written reasons.

Certain construction and renovation work on the land in question was begun by the lien claimant on

[1] 23 O.R. (2d) 649; 97 D.L.R. (3d) 576.

En vertu du par. 69(1) et de l'art. 70 de *The Registry Act*, la priorité est déterminée selon la priorité d'enregistrement. Plutôt que de prendre le bien visé comme sûreté, le créancier hypothécaire a cherché une autre sûreté, et exigé l'hypothèque comme garantie accessoire seulement. On ne peut faire de distinction justifiée entre une hypothèque accessoire, consentie comme sûreté additionnelle d'une avance déjà faite pour financer une construction sur le bien-fonds affecté d'un privilège, et une hypothèque consentie comme sûreté additionnelle, mais qui n'a pas de rapport avec la construction sur ce bien-fonds. Rien ne justifie de faire prévaloir sur une hypothèque accessoire, parce qu'elle est accessoire, un privilège non enregistré ou enregistré postérieurement et dont le créancier hypothécaire n'a pas eu connaissance antérieurement.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui confirme le jugement de la Cour divisionnaire de l'Ontario qui a infirmé la décision du juge Scott. Pourvoi rejeté.

Robert E. Edgar, c.r., et *Edward M. Werner*, pour la (demanderesse-appelante) appelante.

C. E. Woollcombe, c.r., pour la (défenderesse-appelante) intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi porte sur la question de savoir si une hypothèque immobilière pour une dette antérieure, accordée après la naissance d'un privilège de constructeur sur le bien-fonds, prend rang avant le privilège, dont avis écrit n'a pas été donné au créancier hypothécaire, si l'hypothèque est enregistrée avant la revendication de privilège. Ce litige fait intervenir le par. 14(1) et l'art. 20 de *The Mechanics' Lien Act*, S.R.O. 1970, chap. 267 et, prétend-on, l'application des art. 69 et 70 de *The Registry Act*, S.R.O. 1970, chap. 409.

Le juge local a conclu en faveur du créancier privilégié mais la Cour divisionnaire de l'Ontario a infirmé sa décision et accordé la priorité au créancier hypothécaire. La Cour d'appel a rejeté l'appel du créancier privilégié sans motifs écrits.

Le créancier privilégié a commencé des travaux de construction et de rénovation sur le bien-fonds

[1] 23 O.R. (2d) 649; 97 D.L.R. (3d) 576.

September 11, 1972 but it was later that contracts governing the work were executed. The predecessor of the respondent bank advanced money to the landowners between April 5, 1973 and June 15, 1973 to finance the work to be done (which was to convert an old building into a modern restaurant), taking as security a chattel mortgage on certain equipment to be used in the business intended to be carried on on the property and a mortgage on other property. However, further security was later sought and a mortgage on the subject land was given and taken on July 12, 1973. The mortgage was registered on July 30, 1973, securing the principal sum of $175,000. The claim for lien was registered two days later, on August 1, 1973.

Sections 14(1) and 20 of *The Mechanics' Lien Act* read as follows:

14. (1) The lien has priority over all judgments, executions, assignments, attachments, garnishments and receiving orders recovered, issued or made after the lien arises, and over all payments or advances made on account of any conveyance or mortgage after notice in writing of the lien has been given to the person making such payments or after registration of a claim for the lien as hereinafter provided, and, in the absence of such notice in writing or the registration of a claim for lien, all such payments or advances have priority over any such lien.

. . .

20. Where a claim is so registered, the person entitled to a lien shall be deemed to be a purchaser *pro tanto* and a purchaser within the provisions of *The Registry Act* and *The Land Titles Act*, but, except as herein otherwise provided, those Acts do not apply to any lien arising under this Act.

The lending bank knew that work was being performed on the land in question but did not receive any written notice of the lien (which, pursuant to s. 7(4) of *The Mechanics' Lien Act*, arose when the work was begun) prior to advancing money to finance the work. However, because the advance was made independently of any mortgage on the land (the mortgage being taken subsequent to the commencement of the work and subsequent to the advance) the lending bank does not come

en cause le 11 septembre 1972, mais ce n'est que plus tard qu'on a signé les contrats qui définissent les travaux. Entre le 5 avril 1973 et le 15 juin 1973, l'auteur en titre de la banque intimée a fait des avances de fonds aux propriétaires pour financer les travaux à faire (transformation d'un vieil édifice en un restaurant moderne). Il a accepté une hypothèque mobilière sur une partie de l'équipement qui devait servir au futur commerce et une hypothèque sur d'autres biens. Cependant, plus tard, pour augmenter les garanties, les propriétaires ont consenti et la banque a accepté une hypothèque sur le bien-fonds en question le 12 juillet 1973. L'hypothèque, au montant en capital de $175,000, a été enregistrée le 30 juillet 1973. La revendication de privilège a été enregistrée deux jours plus tard, le 1er août 1973.

Le paragraphe 14(1) et l'art. 20 de *The Mechanics' Lien Act* sont ainsi conçus:

[TRADUCTION] **14.** (1) Le privilège a priorité sur tous jugements, exécutions, cessions, saisies, saisies-arrêts et ordonnances de mise sous séquestre postérieurs à sa naissance, et sur tous versements ou avances de fonds à valoir sur un montant payable en vertu d'un transfert ou d'une hypothèque, après qu'avis écrit du privilège a été donné à la personne effectuant ces versements ou avances ou après que la revendication de privilège a été enregistrée selon les modalités prévues ci-après et, à défaut de cet avis écrit ou d'enregistrement d'une revendication de privilège, tous ces versements et avances ont priorité sur tout privilège.

. . .

20. Lorsqu'une revendication est ainsi enregistrée, le titulaire d'un privilège est réputé un acquéreur pour autant et un acquéreur au sens des dispositions de *The Registry Act* et de *The Land Titles Act*, mais, sauf dans la mesure ci-après prévue, ces lois ne s'appliquent à aucun privilège créé en vertu de la présente loi.

La banque prêteuse savait que des travaux étaient en cours sur le bien-fonds en cause mais n'a reçu aucun avis écrit du privilège (qui, selon le par. 7(4) de *The Mechanics' Lien Act*, a pris naissance au début des travaux) avant d'avancer les fonds pour financer les travaux. Cependant, puisque les avances de fonds ont été faites indépendamment de toute hypothèque sur le bien-fonds (l'hypothèque ayant été consentie après le début des travaux et après l'avance de fonds) la banque prêteuse ne

within the provisions of s. 14(1) as having made advances "on account of any ... mortgage". The question is, therefore, whether s. 14(1) is a complete code in this situation to give priority to the lien claimant notwithstanding that the lien claim was registered after registration of the mortgage.

répond pas aux dispositions du par. 14(1) car il ne s'agit pas d'avances «à valoir sur ... une hypothèque». La question est donc de savoir si le par. 14(1) est un code complet qui, dans ces circonstances, accorde la priorité au créancier privilégié même si l'enregistrement de la revendication de privilège est postérieur à celui de l'hypothèque.

Although the respondent bank contended that its mortgage came within s. 14(1), a contention which must be rejected, it submitted alternatively that even if it was a subsequent mortgagee which made no advances or payments on account of the mortgagee, this fact did not operate to clothe the then unregistered lien claimant with priority over the mortgage, and certainly not when the mortgage was registered, without notice of the lien, prior to the registration of the lien claim. In my opinion, s. 14(1) does not assist the lien claimant in the circumstances of this case. That provision gives priority to the lien claimant, once its lien has arisen, only in respect of subsequent advances under the mortgage where written notice or registration of the claim of lien has preceded such advances. The concluding words of s. 14(1) underline this in stating that "in the absence of such notice in writing or the registration of a claim for lien, all such payments or advances have priority over any such lien". Section 14(1) is thus of no assistance in this case either to the lien claimant or to the subsequent mortgagee; the lien claimant cannot turn this provision for a limited and conditioned priority as against a subsequent mortgagee into a general priority ungoverned by any condition such as written notice or registration.

Bien que la banque intimée ait soutenu que son hypothèque répond aux conditions du par. 14(1), ce qu'il faut rejeter, elle a prétendu, comme moyen subsidiaire, que même si elle est un créancier hypothécaire subséquent qui n'a pas fait d'avances ou de versements à valoir sur l'hypothèque, cela n'a pas pour effet d'attribuer au créancier dont le privilège n'était pas alors enregistré priorité sur l'hypothèque, et certainement pas quand l'hypothèque était enregistrée, sans avis du privilège, avant l'enregistrement de la revendication de privilège. A mon avis, le par. 14(1) n'est d'aucun secours au créancier privilégié dans les circonstances de l'espèce. Cette disposition accorde la priorité au créancier privilégié, après la naissance de son privilège, seulement à l'égard des avances subséquentes faites en vertu de l'hypothèque, si l'avis écrit ou l'enregistrement de la revendication de privilège a précédé ces avances. Le paragraphe 14(1) souligne ce point quand il conclut qu'«à défaut de cet avis écrit ou d'enregistrement d'une revendication de privilège, tous ces versements et avances ont priorité sur tout privilège». Le paragraphe 14(1) n'est également d'aucun secours en l'espèce au créancier privilégié ni au créancier hypothécaire subséquent; le créancier privilégié ne peut transformer cette disposition qui accorde une priorité limitée et conditionnelle sur un créancier hypothécaire subséquent en une priorité libre de toute condition, comme l'avis écrit ou l'enregistrement.

I am bound to say, however, that if s. 14(1) applied here the mortgagee could not, by registering its mortgage before receiving written notice of the lien claim or before registration thereof, defeat the priority of the lien claimant in respect of subsequent advances on account of the mortgage. However, since this case is not governed by s. 14(1) and is not otherwise caught by any express provision of *The Mechanics' Lien Act*, the question before the Court is one at large to be decided on

Je dois dire cependant que si le par. 14(1) s'appliquait en l'espèce, le créancier hypothécaire n'aurait pas pu, en enregistrant son hypothèque avant de recevoir l'avis écrit de la revendication de privilège ou avant l'enregistrement de celui-ci, priver le créancier privilégié de la priorité à l'égard d'avances subséquentes à valoir sur l'hypothèque. Toutefois, puisque ni le par. 14(1) ni aucune autre disposition expresse de *The Mechanics' Lien Act* ne s'appliquent à l'espèce, la question soumise à la

principle unless the answer is supplied by s. 20 of the Act.

The Mechanics' Lien Act is a statutory code for the creation and enforcement of liens for the benefit of those who do work upon or supply materials to improve or construct land or buildings. At the same time, it recognizes that there may be adverse claims upon the land and seeks to a degree to establish priorities as between lien claimants and others who assert an interest in the land in respect of which a lien has arisen. Thus, the situation of a prior mortgagee is covered by s. 7(3) and that of a subsequent mortgagee to the extent expressed in s. 14(1). The expression falls short of covering the situation now before us, a subsequent mortgage given for past advances.

In so far as *The Mechanics' Lien Act* may be said to create a legal interest in the lien claimant, it is a legal interest subject to defeasance unless steps are taken pursuant to the Act to protect it. Thus the provisions for registration in s. 16, the limitation under s. 21 of the period within which registration may be effected and expiry of the lien under s. 22 if registration is not effected within the prescribed period. I cannot agree with the submission of counsel for the appellant lien claimant that these provisions are mere procedures without substantive effect. The registration requirements must be met to enforce the lien against the land even though there be no competing interests adverse to the lien claimant.

When there are competing claimants whose interests vis-à-vis the lien claimant are not expressly governed by a prescribed order of priorities, resort must necessarily be had to the relation of a registered lien to other registered interests. This is compelled both on principle and under s. 20 of *The Mechanics' Lien Act*, previously quoted. Dealing first with principle, there is nothing in *The Mechanics' Lien Act* which, apart from s. 14(1) (respecting priority of the lien over all judgments,

Cour doit être tranchée en vertu des principes généraux si la réponse ne se trouve pas à l'art. 20 de la Loi.

The Mechanics' Lien Act est un code législatif qui prévoit la création et l'application de privilèges en faveur de ceux qui fournissent du travail ou des matériaux pour la construction ou l'amélioration de biens-fonds ou d'édifices. En même temps, la Loi reconnaît qu'il peut y avoir des réclamations concurrentes contre le bien-fonds et cherche, dans une certaine mesure, à établir un ordre de priorité entre les créanciers privilégiés et les autres qui prétendent à des droits sur le bien-fonds grevé d'un privilège. Ainsi, le cas d'un créancier hypothécaire antérieur est prévu au par. 7(3) et celui d'un créancier hypothécaire subséquent dans la mesure mentionnée au par. 14(1). Le texte ne prévoit pas la situation qui se présente ici, celle d'une hypothèque subséquente consentie pour des avances déjà faites.

Dans la mesure où l'on peut dire que *The Mechanics' Lien Act* crée un droit strict en faveur du créancier privilégié, c'est un droit susceptible de caducité si certaines mesures ne sont pas prises conformément à la Loi pour le protéger. Ce sont les dispositions de l'art. 16 qui prévoient l'enregistrement, la détermination en vertu de l'art. 21 du délai imparti pour enregistrer et la caducité du privilège en vertu de l'art. 22 s'il n'a pas été enregistré dans le délai prescrit. Je ne puis admettre la prétention de l'avocat de la créancière privilégiée appelante que ce ne sont que des dispositions de procédure qui ne formulent aucune règle de fond. L'obligation d'enregistrer pour faire valoir le privilège contre le bien-fonds existe même s'il n'y a pas de droit concurrent à celui du créancier privilégié.

Lorsqu'il y a plusieurs créanciers concurrents dont les droits vis-à-vis ceux du créancier privilégié ne sont pas expressément régis par un ordre de priorité déterminé, il faut nécessairement envisager le privilège enregistré par rapport aux autres droits enregistrés. Cela résulte obligatoirement à la fois des principes et de l'art. 20 de *The Mechanics' Lien Act* déjà cité. D'abord en vertu des principes, rien dans *The Mechanics' Lien Act*, sauf le par. 14(1) (qui traite de la priorité du privilège sur tous

executions, assignments, attachments, garnishments and receiving orders recovered, issued or made after the lien arises), gives an unregistered lien priority. Where subsequent adverse interests are asserted the lien claimant is necessarily driven to registration "in the proper registry office" (to use the words of s. 16) for protection at large and as against adverse claimants to an interest in the particular land.

Section 20, in my view, recognizes this latter consideration in stating that upon registration "the person entitled to a lien shall be deemed to be a purchaser *pro tanto*" and, moreover, "a purchaser within the provisions of *The Registry Act* and *The Land Titles Act*". I am not troubled by the concluding words of s. 20 that "except as herein otherwise provided, those Acts do not apply to any lien arising under this Act". I read them as saying that the two Acts do not otherwise apply, thus leaving for determination under them what the effect is of a lien claimant becoming a purchaser by virtue of registration of a claim of lien.

The effect, ordinarily, under ss. 69(1) and 70 of *The Registry Act* is to recognize priority according to priority of registration. These sections read as follows:

69.—(1) After the grant from the Crown of land, and letters patent issued therefor, every instrument affecting the land or any part thereof shall be adjudged fraudulent and void against any subsequent purchaser or mortgagee for valuable consideration without actual notice, unless the instrument is registered before the registration of the instrument under which the subsequent purchaser or mortgagee claims.

. . .

70. Priority of registration prevails unless before the prior registration there has been actual notice of the prior instrument by the person claiming under the prior registration.

I use the word "ordinarily" advisedly because the usual course in the financing of construction or improvements or the furnishing of materials is for

jugements, exécutions, cessions, saisies, saisies-arrêts et ordonnances de mise sous séquestre postérieurs à la naissance du privilège) ne donne priorité à un privilège non enregistré. Lorsqu'il revendique des droits concurrents subséquents, le créancier privilégié est forcément amené à enregistrer «au bureau d'enregistrement voulu» (selon les termes de l'art. 16) pour bénéficier d'une protection au sens large et en particulier contre ceux qui prétendent à des droits concurrents sur le bien-fonds précis.

L'article 20 reconnaît, selon moi, cette dernière considération en disposant que dès l'enregistrement «le titulaire d'un privilège est réputé un acquéreur pour autant» et, en plus, «un acquéreur au sens des dispositions de *The Registry Act* et *The Land Titles Act*». Je ne m'inquiète pas des derniers mots de l'art. 20, «sauf dans la mesure ci-après prévue, ces lois ne s'appliquent à aucun privilège créé en vertu de la présente loi». A mon avis, ils signifient que les deux lois n'ont pas d'autre application, servant uniquement à déterminer quelle conséquence a pour un créancier privilégié le fait de devenir acquéreur par l'enregistrement d'une revendication de privilège.

En vertu du par. 69(1) et de l'art. 70 de *The Registry Act*, cela a ordinairement comme conséquence de déterminer la priorité selon la priorité d'enregistrement. Voici le texte de ces dispositions:

[TRADUCTION] **69.** (1) Après concession d'un bien-fonds par Sa Majesté et octroi de lettres patentes à cette fin, tout acte l'affectant en totalité ou en partie est réputé frauduleux et nul à l'égard de tout acquéreur ou créancier hypothécaire subséquent fournissant une contrepartie valable et n'ayant aucune connaissance de l'acte antérieur, à moins que son enregistrement ne soit antérieur à celui de l'acte en vertu duquel l'acquéreur ou le créancier hypothécaire revendique son droit.

. . .

70. La priorité d'enregistrement s'applique à moins que la personne qui revendique un droit en vertu de l'enregistrement antérieur n'ait eu, avant de procéder à cet enregistrement, une connaissance réelle de l'acte antérieur.

J'ai employé le mot «ordinairement» à dessein parce que la pratique normale dans le financement de la construction, des améliorations ou de la

the mortgagee who makes the advances, whether before or after and during the operation of the mortgage, to take the subject land as security. In the present case, the mortgagee looked to other security for safeguarding its mortgage and took the mortgage which is involved in this appeal as collateral only. The question then is whether this should make a difference where the mortgagee rests on prior registration.

It is acknowledged here that the lien claimant performed its last work on June 29, 1973. Since it registered its claim of lien on August 1, 1973, the registration was within the time period, thirty-seven days, prescribed by s. 21. Does this put the lien claimant in a preferred position against a collateral mortgagee despite the latter's prior registration when, clearly, the lien claimant could not claim priority if the mortgage had been a primary mortgage on the subject land?

I do not think that any supportable distinction can be drawn between a collateral mortgage which, as here, was given as additional security for a previous advance made to finance construction on the land on which a lien is claimed and a collateral mortgage given as additional security for an advance not related to construction on the particular land. It was pointed out by counsel for the respondent and conceded by counsel for the appellant that *The Mechanics' Lien Act* does not purport to control the destination of advances made on security of land on which a lien arises. They may be put to uses other than for construction and improvement of the mortgaged land, save as the mortgage itself, through the requirement of progress certificates to support further advances as stipulated in the mortgage, provides some control. In the present case, therefore, I find no basis upon which the collateral mortgage, by reason only of being collateral, may be subordinated to an unregistered or later registered lien claim of which the mortgagee had no previous notice.

fourniture de matériaux consiste pour le créancier hypothécaire qui avance les fonds, que ce soit avant ou après la constitution et pendant l'existence de l'hypothèque, à prendre le bien-fonds visé comme sûreté. En l'espèce, le créancier hypothécaire a garanti son prêt par d'autres sûretés et n'a exigé l'hypothèque en cause dans ce pourvoi que comme garantie accessoire. La question qui se pose est de savoir si cette situation est différente de celle où le créancier se fonde sur l'enregistrement antérieur.

Il est reconnu en l'espèce que le créancier privilégié a effectué les derniers travaux le 29 juin 1973. Puisqu'il a enregistré sa revendication de privilège le 1er août 1973, l'enregistrement a eu lieu dans le délai de trente-sept jours prescrit à l'art. 21. Cela donne-t-il à la créance privilégiée préséance sur l'hypothèque accessoire malgré l'enregistrement antérieur de celle-ci lorsque, de toute évidence, le créancier privilégié ne pourrait pas prétendre à une priorité s'il s'était agi d'une hypothèque principale sur le bien-fonds?

Je ne crois pas qu'on puisse faire de distinction justifiée entre une hypothèque accessoire qui, comme en l'espèce a été consentie comme sûreté additionnelle d'une avance déjà faite pour financer une construction sur le bien-fonds affecté d'un privilège, et une hypothèque consentie comme sûreté additionnelle d'une avance qui n'a pas de rapport avec la construction sur le bien-fonds visé. L'avocat de l'intimée a souligné et celui de l'appelante a reconnu que *The Mechanics' Lien Act* n'a pas pour objet de diriger l'utilisation des avances que garantit le bien-fonds grevé d'un privilège. Les avances peuvent servir à d'autres fins qu'une construction ou une amélioration sur le bien-fonds hypothéqué, sauf dans la mesure où l'acte d'hypothèque lui-même offre un certain contrôle par l'exigence de produire des attestations d'avancement de travaux pour justifier des avances additionnelles selon les termes de l'hypothèque. Je ne vois rien qui justifierait en l'espèce, de faire prévaloir sur une hypothèque accessoire, simplement parce qu'elle est accessoire, un privilège non enregistré ou enregistré postérieurement et dont le créancier hypothécaire n'a pas eu connaissance antérieurement.

Counsel for the appellant lien claimant alleged that anomalous results ensue from applying *The Registry Act* rather than *The Mechanics' Lien Act* to the factual situation in the present case. He has not, however, shown me how *The Mechanics' Lien Act* affords any protection to an unregistered lien claimant. Nor does his assertion of anomalies stand up. It is true that a person who advances money to a landowner beyond the then value of the land and for a purpose unrelated to pending improvements may, by subsequent registration ahead of a lien claimant, deprive the latter of any right to realize anything out of the land. However unlikely that a person making such an advance would fail to secure it at once, he would himself risk defeat of some part of his security if the lien claimant registered first. The appellant's counsel also asserts that a mortgagee who takes his security after the fact to secure past indebtedness is put in a more favoured position than a mortgagee who takes a mortgage providing for advances on account thereof. Again, this ignores the obligation of the lien claimant to give notice or to register to obtain priority against a mortgagee, whether a mortgagee in respect of past advances or one who makes advances not knowing of a lien claim which has not been registered.

Two other alleged anomalies were put forward on behalf of the appellant. It was pointed out that a mortgagee who takes security for past indebtedness and registers the mortgage before a lien arises is limited to the value of the land at the time pursuant to s. 7(3), but by delaying registration until after the lien arises he would not be so limited. It seems to me to be unrealistic to think that registration would be delayed to take advantage of subsequent improvements on the land to enhance the security, but the statute does not preclude it, any more than it precludes a lien claimant from registering the lien immediately it arises though that too may be unrealistic. Finally, it was the appellant's position that a mortgagee who makes advances on account of the mortgage

L'avocat de la créancière privilégiée appelante soutient que l'application de *The Registry Act* plutôt que celle de *The Mechanics' Lien Act* à la situation en l'espèce aurait des résultats incongrus. Il ne m'a pas toutefois démontré comment *The Mechanics' Lien Act* peut fournir une protection au créancier en vertu d'un privilège non enregistré. Son allégation d'incongruités ne tient pas non plus. Il est exact que celui qui avance à un propriétaire foncier des fonds supérieurs à la valeur du bien-fonds et pour une fin étrangère à des améliorations en cours peut, en enregistrant ultérieurement, mais avant un créancier privilégié, complètement priver ce dernier du droit de tirer quoi que ce soit du bien-fonds. Aussi invraisemblable soit-il qu'une personne fasse une telle avance sans la garantir immédiatement, elle risquerait elle-même de voir une partie de sa garantie invalidée par un créancier privilégié qui enregistrerait le premier. L'avocat de l'appelante soutient aussi qu'un créancier hypothécaire qui se fait concéder une sûreté après coup pour garantir une dette déjà contractée est placé dans une situation plus favorable qu'un créancier hypothécaire qui accepte une hypothèque et avance les fonds par la suite. Encore une fois, c'est faire abstraction de l'obligation du créancier privilégié de donner avis ou d'enregistrer pour avoir priorité sur le créancier hypothécaire, qu'il soit créancier hypothécaire à raison d'avances antérieures ou qu'il fasse les avances sans connaître l'existence du privilège qui n'a pas été enregistré.

On a invoqué deux autres incongruités pour le compte de l'appelante. On a souligné qu'un créancier qui prend une garantie pour une dette déjà contractée et qui enregistre l'hypothèque avant la naissance du privilège est limité à la valeur de l'immeuble à ce moment-là conformément au par. 7(3), mais s'il retarde l'enregistrement jusqu'après la naissance du privilège il ne serait pas ainsi limité. Il me semble irréaliste de penser que quelqu'un pourrait retarder l'enregistrement pour se prévaloir d'améliorations postérieures apportées au bien-fonds pour augmenter sa garantie, mais la loi ne l'interdit pas, non plus qu'elle interdit à un créancier privilégié d'enregistrer le privilège dès sa naissance bien que cette situation puisse aussi être irréaliste. Enfin, l'appelante a soutenu qu'un

would obtain priority by registration equally with a mortgagee who takes a mortgage for past advances, and this would limit s. 14(1) to a contest between a lien claimant and an unregistered mortgage. I do not accept this assertion. I have already dealt with this situation by pointing out that I read s. 14(1) as giving the lien claimant priority over subsequent advances, notwithstanding registration of the mortgage under which they are made, provided the lien claimant either gives the prescribed written notice or registers the lien.

In short, the difficulty with the appellant's position lies in its attempt to found its priority on an unregistered lien claim. The statute gives no support to this, and I see no escape from the conclusion that the present case must be decided on priority of registration. Accordingly, the appeal fails and I would dismiss it with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the (plaintiff-appellant) appellant: Chown, Cairns, St. Catharines.

Solicitors for the (defendant-appellant) respondent: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

créancier hypothécaire qui avance les fonds garantis par l'hypothèque aurait, en vertu de l'enregistrement, la parité de rang avec un créancier hypothécaire qui se fait concéder une hypothèque pour des avances déjà faites et que cela limite le par. 14(1) à une opposition entre le créancier privilégié et une hypothèque. Je n'accepte pas cette affirmation. J'ai déjà parlé de cette situation en signalant que suivant mon interprétation le par. 14(1) accorde au créancier privilégié priorité sur les avances postérieures, malgré l'enregistrement de l'hypothèque en vertu de laquelle elles sont faites, pourvu que le créancier privilégié donne l'avis écrit prescrit ou enregistre le privilège.

En bref, la faille dans l'argumentation de l'appelante tient à ce qu'elle veut établir sa priorité sur une revendication de privilège non enregistrée. La loi ne le permet pas et je ne vois pas de moyen d'échapper à la conclusion que l'espèce doit se décider selon la priorité d'enregistrement. En conséquence le pourvoi échoue et je le rejette avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de la (demanderesse-appelante) appelante: Chown, Cairns, St. Catharines.

Procureurs de la (défenderesse-appelante) intimée: Day, Wilson, Campbell, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

George Edward Vasil *Respondent.*

1980: May 13; 1981: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Murder — "Unlawful object" — Defence of drunkenness — Reference to Hansard — Previous Court decision not to be followed — Criminal Code, ss. 205(5)(a), 212(a)(i), 212(a)(ii), 212(c).

The respondent, a chronic alcoholic, had set fire to the house where he lived with a friend and her two children. The children died. In his charge, the trial judge instructed the jury that in view of the facts adduced in evidence a verdict of murder could, subject to certain factual determinations by them, be grounded upon ss. 212 (*a*)(i), 212(*a*)(ii) or 212(*c*) of the *Criminal Code*. The respondent was convicted of murder. The Court of Appeal for Ontario found no misdirection in law by the judge with respect to the application of the first two sections but found that the trial judge had erred in his charge with respect to s. 212(*c*) in that he did not relate the defence of drunkenness to the issue of the respondent's knowledge of the surrounding circumstances at the time he did the act and in that he failed to charge the jury with respect to the onus of proof and the degree of proof as to the defence of drunkenness. A new trial was ordered.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Martland, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: The first issue turns upon the determination of the nature, and thereby the delimitation, of what may constitute an "unlawful object" within the meaning of s. 212(*c*). The other two issues are whether drunkenness may be a defence in relation to an accused's knowledge of the surrounding circumstances at the time he did the act in furtherance of the unlawful object and, if so, the onus and degree of proof of such a defence.

With respect to the first issue, having regard to the common law as it existed in 1892 and as it is expressed in the *English Draft Code of 1878* which was, subject to

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

George Edward Vasil *Intimé.*

1980: 13 mai; 1981: 2 mars.

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

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

Droit criminel — Meurtre — «Fin illégale» — Défense d'ivresse — Citation du Journal des débats — Arrêt antérieur de la Cour à ne pas suivre — Code criminel, art. 205(5)a), 212a)(i), 212a)(ii), 212c).

L'intimé, un alcoolique chronique, a mis le feu à la maison qu'il habitait avec une compagne et les deux enfants de cette dernière. Les enfants ont péri. Dans son exposé, le juge a indiqué aux membres du jury que compte tenu des faits mis en preuve, sous réserve de certaines déterminations de fait qu'ils devaient faire, un verdict de meurtre pouvait être fondé sur les sous-al. 212*a*)(i), 212*a*)(ii) ou sur l'al. 212*c*) du *Code criminel*. L'intimé a été déclaré coupable de meurtre. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas trouvé d'erreur de droit dans les directives du juge quant à l'application des deux premiers sous-alinéas, mais elle a conclu que le juge du procès avait commis des erreurs dans ses directives à l'égard de l'al. 212*c*) en ce qu'il n'a pas fait le lien entre la défense d'ivresse et la connaissance qu'avait l'appelant des circonstances qui prévalaient au moment où il a accompli l'acte et en ce qu'il n'a pas donné de directives au jury quant au fardeau et au degré de preuve relatifs à la défense d'ivresse. Il y a eu ordonnance de nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: Le premier point tient à la détermination de la nature, et par conséquent à la délimitation, de ce qui peut constituer une «fin illégale» au sens de l'al. 212*c*). Les deux autres points portent sur la question de savoir si l'ivresse peut constituer un moyen de défense en rapport avec la connaissance qu'avait l'accusé des circonstances concomitantes, au moment où il a accompli l'acte posé en vue de réaliser la fin illégale et, dans l'affirmative, celle de savoir quel degré de preuve requiert ce moyen de défense, et à qui en incombe le fardeau.

Quant à la première question, compte tenu de la *common law* telle qu'elle existait en 1892 et telle que l'exprime le *Projet de code anglais de 1878* adopté en

few changes, adopted in 1892: (1) in a prosecution under s. 212(*c*), the element of unlawfulness necessary to qualify a homicide as culpable under s. 205(5)(*a*) is that which is the result of the prosecution of the unlawful object by the act which is dangerous to life; (2) there is no requirement that the dangerous act be itself unlawful; (3) when the dangerous act is unlawful, the jury must be told, as he was here, that there must be the prosecution of a further unlawful object clearly distinct from the immediate object of the dangerous act; (4) the words "unlawful object" mean the object of conduct which, if prosecuted fully, would amount to a serious crime, *i.e.* an indictable offence requiring *mens rea*.

With respect to the other two issues: (1) whilst the test under s. 212(*c*) is objective and the behaviour of the accused is to be measured by that of the reasonable man, such a test must nevertheless be applied having regard, not to the knowledge a reasonable man would have had of the surrounding circumstances that allegedly made the accused's conduct dangerous to life, but to the knowledge the accused had of those circumstances; (2) drunkenness, though not relevant in the determination of what a reasonable man, with the knowledge the accused had of those circumstances, would have anticipated, is relevant in the determination of the knowledge which the accused had of those circumstances. The decision in *Graves v. The King* (1913), 47 S.C.R. 568 is no longer to be followed.

Per Beetz J.: The Court of Appeal did nor err in holding that the trial judge erred in not relating drunkenness to the question of whether the appellant had actual knowledge of the surrounding circumstances which made his conduct likely to cause death.

Graves v. The King (1913), 47 S.C.R. 568, not followed; *R. v. Hughes et al.*, [1942] S.C.R. 517, distinguished; *R. v. Tennant and Naccarato* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. v. DeWolfe* (1976), 31 C.C.C. (2d) 23; *Downey v. The Queen*, [1971] N.Z.L.R. 97; *Larkin v. The King* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *D.P.P. v. Newbury* (H.L.), [1976] 2 All E.R. 365; *R. v. Serné and another* (1887), 16 Cox C.C. 311; *Gralewicz et al. v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 493; *R. v. Upton and Gutteridge* (1851), 5 Cox C.C. 298; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Dunbar v. The King*, [1936] 4 D.L.R. 737; *Paquette v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 189, referred to.

1892 avec quelques modifications: 1) dans une poursuite fondée sur l'al. 212*c*) l'élément d'illégalité nécessaire pour qualifier un homicide de coupable en application de l'al. 205(5)*a*) est celui qui résulte de la poursuite d'une fin illégale au moyen d'un acte dangereux pour la vie; 2) il n'est pas nécessaire que l'acte dangereux soit lui-même illégal; 3) lorsque l'acte dangereux est illégal, il faut dire au jury, comme on l'a fait en l'espèce, qu'il doit y avoir poursuite d'une autre fin illégale nettement distincte de la fin immédiate de l'acte dangereux; 4) les mots «fin illégale» signifient l'objet d'un comportement qui, s'il est poursuivi jusqu'au bout, constituerait un crime sérieux, soit une infraction punissable par voie de mise en accusation et qui requiert la *mens rea*.

Quant aux deux autres points: 1) bien que le critère applicable à l'al. 212*c*) soit objectif et que le comportement de l'accusé doive être apprécié par rapport à celui d'une personne raisonnable, il faut toutefois appliquer ce critère en tenant compte, non pas de la connaissance qu'une personne raisonnable aurait des circonstances concomitantes qui ont, selon l'accusation, rendu le comportement de l'accusé dangereux pour la vie, mais de la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances; 2) bien que l'ivresse ne soit pas pertinente pour déterminer ce qu'une personne raisonnable, ayant la même connaissance que l'accusé de ces circonstances, aurait prévu, elle est pertinente pour déterminer la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances. Il n'y a plus lieu de suivre l'arrêt *Graves c. Le Roi* (1913), 47 R.C.S. 568.

Le juge Beetz: La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en statuant que le juge du procès avait commis une erreur en ne faisant pas le lien entre l'ivresse et la question de savoir si l'intimé avait eu effectivement connaissance des circonstances concomitantes qui ont rendu son comportement de nature à causer la mort.

Jurisprudence: arrêt non suivi: *Graves c. Le Roi* (1913), 47 R.C.S. 568; distinction faite avec l'arrêt: *R. c. Hughes et autres*, [1942] R.C.S. 517; arrêts mentionnés: *R. v. Tennant and Naccarato* (1975), 23 C.C.C. (2d) 80; *R. v. DeWolfe* (1976), 31 C.C.C. (2d) 23; *Downey v. The Queen*, [1971] N.Z.L.R. 97; *Larkin v. The King* (1942), 29 Cr. App. R. 18; *D.P.P. v. Newbury* (H.L.), [1976] 2 All E.R. 365; *R. v. Serné and another* (1887), 16 Cox C.C. 311; *Gralewicz et autres c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 493; *R. v. Upton and Gutteridge* (1851), 5 Cox C.C. 298; *R. c. La ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dunbar v. The King*, [1936] 4 D.L.R. 737; *Paquette c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 189.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing the appeal by the accused from his conviction and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Murray Segal, for the appellant.

Marc Rosenberg, for the respondent.

The judgment of Martland, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

LAMER J.—Though s. 212(*c*) of the *Criminal Code* (R.S.C. 1970, c. C-34) has been with us since codification in 1892 (it was then s. 227(*d*)), the more serious questions as to its meaning and scope have, save a few exceptions, been raised in the courts below only recently. We have been told that this may well be explained by the fact that, on an indictment for murder, counsel for the Crown are more frequently than in the past, and quite properly so, requesting, when the factual basis of the case so justifies, that the judge instruct the jury as to the application of this section in lieu of or subsidiarily to the other murder sections.

Only two cases are to be found in the law reports where this Court has dealt with the meaning and purview of s. 212(*c*) of the *Criminal Code*: over 65 years ago, in the case of *Graves v. The King*[2] and almost 40 years ago in the case of *R. v. Hughes et al.*[3]

The three issues raised in this appeal not only afford but, in my respectful opinion, strongly suggest a reconsideration of how this Court dealt with those issues in the *Graves* case.

Section 212(*c*) reads as follows:

Culpable homicide is murder

(*a*) . . .

(*b*) . . .

(*c*) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human

[1] (1977), 37 C.C.C. (2d) 199.
[2] (1913), 47 S.C.R. 568.
[3] [1942] S.C.R. 517.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Murray Segal, pour l'appelante.

Marc Rosenberg, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges Martland, Dickson, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE LAMER—Même si l'al. 212*c*) du *Code criminel* (S.R.C. 1970, chap. C-34) est en vigueur depuis la codification en 1892 (il s'agissait alors de l'al. 227*d*)), les questions les plus importantes quant à son sens et sa portée n'ont été soulevées, à quelques exceptions près, devant les tribunaux d'instance inférieure que très récemment. On nous a souligné que l'explication de cet état de choses tient à ce que, sur des accusations de meurtre, les avocats de la poursuite demandent plus souvent que par le passé, et à juste titre, si les faits de l'affaire le justifient, au juge de donner des directives au jury sur l'application de cet article de préférence ou subsidiairement à l'application des autres articles relatifs au meurtre.

Les recueils de jurisprudence ne contiennent que deux affaires où cette Cour s'est prononcée sur le sens et la portée de l'al. 212*c*) du *Code criminel*: il y a plus de 65 ans dans l'arrêt *Graves c. Le Roi*[2] et presque 40 ans dans l'arrêt *R. c. Hughes et autres*[3].

Les trois questions soulevées par le présent pourvoi non seulement fournissent l'occasion de reconsidérer la façon dont cette Cour a réglé ces points dans l'arrêt *Graves*, mais, à mon avis, nous y incitent fortement.

L'alinéa 212*c*) se lit comme suit:

L'homicide coupable est un meurtre

a) . . .

b) . . .

c) lorsqu'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

[1] (1977), 37 C.C.C. (2d) 199.
[2] (1913), 47 R.C.S. 568.
[3] [1942] R.C.S. 517.

being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being.

The first issue in this appeal turns upon the determination of the nature, and thereby the delimitation, of what may constitute an "unlawful object" within the meaning of s. 212(*c*).

The other two issues are whether drunkenness may be a defence in relation to an accused's knowledge of the surrounding circumstances at the time he did the act in furtherance of the unlawful object and, if so, the onus and degree of proof of such a defence. In fact, drunkenness raises the more fundamental issue as to whether the test applicable to the knowledge of the surrounding circumstances is objective (that of the reasonable man) or subjective.

Respondent was tried and convicted at Hamilton in the Province of Ontario by a jury on both counts of the following indictment:

1. That he on or about the 14th day of March, 1976, at the City of Hamilton, in the Judicial District of Hamilton-Wentworth did kill Lorna Gilchrist and did thereby commit murder punishable by imprisonment for life contrary to the provisions of the Criminal Code of Canada.
2. That he on or about the 14th day of March, 1976, at the City of Hamilton, in the Judicial District of Hamilton-Wentworth did kill Allan Gilchrist and did thereby commit murder punishable by imprisonment for life contrary to the provisions of the Criminal Code of Canada.

Though the taking of life is always tragic, it is in this case even more so as the victims are innocent young children in no way involved in the events that led to the setting fire to the house where they met death by asphyxiation. Nevertheless, whatever may be the degree of sympathy one entertains for the victims, Vasil's guilt must be determined not by the degree of the innocence of the victims but by the nature or state of mind which he possessed at the time of the fatal events, which took place during the evening of Saturday the 13th and in the

d'un être humain, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit.

La première question de ce pourvoi tient à la détermination de la nature, et par conséquent à la délimitation, de ce qui peut constituer une «fin illégale» au sens de l'al. 212*c*).

Les deux autres portent sur la question de savoir si l'ivresse peut constituer un moyen de défense quant à la connaissance qu'avait l'accusé des circonstances concomitantes au moment où il a accompli l'acte posé en vue de réaliser la fin illégale et, dans l'affirmative, celle de savoir quel est le degré de preuve que requiert ce moyen de défense, et à qui en incombe le fardeau. En réalité, l'ivresse soulève une question plus fondamentale: celle de savoir si le critère applicable à la connaissance des circonstances concomitantes est objectif (celui de la personne raisonnable) ou subjectif.

L'intimé a subi un procès avec jury et a été déclaré coupable à Hamilton, province de l'Ontario, sur les deux chefs d'accusation suivants:

[TRADUCTION]

1. D'avoir, le 14 mars 1976 ou vers cette date, en la ville d'Hamilton, district judiciaire d'Hamilton-Wentworth, causé la mort de Lorna Gilchrist, commettant par là le crime de meurtre, punissable par l'emprisonnement à perpétuité, en contravention des dispositions du Code criminel du Canada.
2. D'avoir, le 14 mars 1976 ou vers cette date, en la ville d'Hamilton, district judiciaire d'Hamilton-Wentworth, causé la mort d'Allan Gilchrist, commettant par là le crime de meurtre, punissable par l'emprisonnement à perpétuité, en contravention des dispositions du Code criminel du Canada.

Même si enlever la vie est en soi tragique, ce l'est encore davantage en l'espèce puisque les victimes sont de jeunes enfants innocents qui n'ont absolument rien eu à voir aux événements qui ont conduit à l'incendie de la maison où ils ont péri par asphyxie. Cependant quel que soit le degré de sympathie que l'on éprouve pour les victimes, la culpabilité de Vasil doit être déterminée non en fonction de l'innocence des victimes mais en fonction de la «*mens rea*» que ce dernier avait au moment des événements tragiques survenus dans la

early hours of the morning of the 14th of March, 1976.

Respondent, Vasil, a chronic alcoholic, set fire to the house where he lived with one Mrs. Gilchrist and her two young children. He had been living with her since June of 1975.

Prior to these events life had not always been easy; Vasil, who became unemployed shortly after going to live with Mrs. Gilchrist, had difficulty accepting the role reversal that resulted from the fact that, since Mrs. Gilchrist was working steadily, he was expected to assume many of the domestic responsibilities in the household; furthermore, he was very sensitive of the fact that Mrs. Gilchrist was paying for the living and dining room furniture he had purchased in the autumn of 1975.

Everybody seems to agree that his relationship with the children was very good. Vasil was violently jealous of his companion as is borne out by the unfortunate events of this case.

The following narrative by the Crown of the facts has met, subject to very few qualifications, with the accused's approval:

The respondent and Mrs. Gilchrist were invited to a party at the home of Mr. and Mrs. W., in Hamilton, on the evening of Saturday, March 13th, 1976. The respondent testified that he was not anxious to attend this party, but he acceded to Mrs. Gilchrist's wishes to go. The respondent picked up the babysitter, at 8:00 p.m., and they drove to the party at 8:30 p.m., arriving at approximately 8:45 p.m. A playmate of Allan Gilchrist was present when the babysitter arrived. The respondent testified that before leaving for the party that evening he had between three and five mixed drinks . . .

Upon arriving at the W.'s house party, the couple sat around and chatted with other guests who were comprised of married couples. While at the party, the respondent had about 8 or 9 drinks over a period of 3½ to 4½ hours. The drinks contained one to one and one-half ounces of liquor each.

At the party, both Mrs. Gilchrist and the respondent danced with other partners. The respondent became upset with Mrs. Gilchrist through the course of the evening. He asked her to leave a few times but she

soirée du samedi 13 mars et aux premières heures du 14 mars 1976.

L'intimé Vasil, un alcoolique chronique, a mis le feu à la maison qu'il habitait avec une nommée Gilchrist et les deux jeunes enfants de cette dernière. Il vivait avec elle depuis juin 1975.

Antérieurement à ces événements, la vie n'avait pas été sans problèmes; Vasil, qui était devenu chômeur peu de temps après avoir commencé à cohabiter avec M^me^ Gilchrist, acceptait difficilement le renversement des rôles qui résultait de ce qu'il devait assumer, dans le ménage, un certain nombre de tâches domestiques, puisque M^me^ Gilchrist avait un emploi régulier; il était très sensible au fait que c'était M^me^ Gilchrist qui payait les meubles de la salle de séjour et de la salle à manger qu'il avait achetés à l'automne 1975.

Tout le monde est d'accord pour dire qu'il avait de très bons rapports avec les enfants. Vasil était extrêmement jaloux de sa compagne, comme le démontrent d'ailleurs les malheureux événements de l'espèce.

Voici le récit des événements que faisait la Couronne; cette narration a reçu, à quelques détails près, l'approbation de l'accusé:

[TRADUCTION] L'intimé et M^me^ Gilchrist étaient invités à une réception donnée chez M. & M^me^ W., à Hamilton, dans la soirée du samedi 13 mars 1976. L'intimé a témoigné qu'il ne tenait pas tellement à aller à cette réception, mais qu'il avait accédé au désir de M^me^ Gilchrist d'y aller. L'intimé est allé chercher la gardienne à 20 h et ils se sont rendus à la réception en voiture vers 20 h 30 pour y arriver vers 20 h 45. Un ami d'Allan Gilchrist se trouvait à la maison quand la gardienne est arrivée. L'intimé a témoigné qu'avant d'aller à la réception ce soir-là il avait pris de trois à cinq cocktails . . .

En arrivant à la réception chez les W., le couple a pris place avec les autres invités, parmi lesquels il y avait des couples mariés, et a bavardé avec eux. Pendant la réception, l'intimé a pris 8 ou 9 consommations sur une période de 3½ heures à 4½ heures. Chaque consommation contenait entre une once à une once et demie d'alcool.

Au cours de la réception, M^me^ Gilchrist et l'intimé ont tous les deux dansé avec d'autres partenaires. L'intimé s'est mis en colère contre M^me^ Gilchrist pendant la soirée. Il lui a demandé de rentrer à quelques reprises,

wished to remain until the food was served. He testified that he saw her dancing very closely with another person on one occasion and was upset because he was unable to locate her from time to time.

At one stage of the party when the respondent wanted to leave he grabbed Mrs. Gilchrist by the arm and when she pulled away he slapped her on the face.

The respondent went upstairs and was followed by Mrs. Gilchrist about five minutes later. He asked her to go home with him but she refused because he was in a foul mood. Mrs. Gilchrist asked for her house keys back and the respondent grabbed her wrist. He left alone.

Approximately one-half hour later, the respondent returned to the party. Mr. Vasil had a cup of coffee with Mr. W. and they talked for about one-half of an hour before the respondent left.

The respondent returned home at 2:10 a.m. and woke the babysitter. He asked the babysitter whether Mrs. Gilchrist had phoned. She had not. He drove her home quickly but in a normal manner. She lived five minutes away by car. The babysitter smelled the odour of alcohol in the car. Before dropping off the babysitter, the respondent asked her if he had given her enough money. During the evening he called the W.'s home at least three times, mentioning on one occasion to Mrs. Gilchrist that he had driven the babysitter home. When the respondent asked whether Mr. Gilchrist (*sic*)* would come home, she replied that she would be home shortly. Mrs. Gilchrist feared the respondent that evening.

What then happens is told us by Vasil. Most of what he says is corroborated by the material evidence discovered by the firemen and the investigators, their expert opinion and the results of laboratory tests.

Vasil went to the basement, opened the freezer, disconnected it and poured a can of barbecue fluid on the meat in order to spoil it so that no one else could eat it, for he says he had decided to leave Mrs. Gilchrist. He then went upstairs and did the same to the kitchen refrigerator and to its contents. He then says:

I remember being in the living-room of the house and I had a box of matches in my hand and I thought about the furniture, that the living-room furniture had been quite a sore spot between the two of us. It had come up

* This is evidently a typing error and should read Mrs. Gilchrist.

mais elle a voulu rester jusqu'à ce qu'on serve à manger. Il a déposé qu'il l'a vue à un moment danser enlacée avec quelqu'un et qu'il était en colère parce qu'à l'occasion il ne savait pas où elle était.

A un moment donné au cours de la soirée, l'intimé a voulu rentrer, il a saisi M^me^ Gilchrist par le bras et quand elle s'est dégagée, il l'a giflée.

L'intimé est monté au rez-de-chaussée suivi par M^me^ Gilchrist environ cinq minutes plus tard. Il lui a demandé de rentrer à la maison avec lui, mais elle a refusé parce qu'il était d'humeur odieuse. M^me^ Gilchrist lui a demandé les clés de sa maison et l'intimé l'a saisie par le poignet. Il est reparti seul.

Environ une demi-heure plus tard, l'intimé est revenu à la réception. M. Vasil a pris une tasse de café en compagnie de M. W. et ils ont causé entre une demi-heure et une heure avant que l'intimé ne reparte.

L'intimé est retourné chez lui à 2 h 10 du matin et il a réveillé la gardienne. Il lui a demandé si M^me^ Gilchrist avait téléphoné. Elle n'avait pas appelé. Il a conduit la gardienne chez elle rapidement mais normalement. La gardienne habitait à cinq minutes en voiture. Elle a senti l'alcool dans la voiture. Avant que la gardienne ne descende de la voiture, l'intimé lui a demandé s'il l'avait suffisamment payée. Dans le cours de la soirée, il a appelé chez les W. au moins trois fois, et il a dit à M^me^ Gilchrist, à l'une de ces occasions, qu'il avait reconduit la gardienne chez elle. Quand l'intimé a demandé à M. (*sic*)* Gilchrist si elle allait rentrer, celle-ci lui a répondu qu'elle serait bientôt là. M^me^ Gilchrist a eu peur de l'intimé ce soir-là.

C'est Vasil qui a relaté ce qui est arrivé par la suite. La plus grande partie de son récit est corroborée par les preuves matérielles trouvées par les pompiers et les enquêteurs, par leurs opinions d'experts et par les résultats des tests de laboratoire.

Vasil est descendu au sous-sol, il a ouvert le congélateur, l'a débranché et il a vidé un bidon d'allume-feu sur la viande de façon à la rendre impropre à la consommation parce qu'il avait, dit-il, décidé de quitter M^me^ Gilchrist. Il est monté au rez-de-chaussée et il a fait de même dans le réfrigérateur de la cuisine. Il poursuit:

[TRADUCTION] Je me rappelle avoir été dans la salle de séjour de la maison et d'avoir eu une boîte d'allumettes à la main et j'ai songé au mobilier, que le mobilier de la salle de séjour avait été tout un sujet de friction entre

* Il s'agit manifestement d'une erreur de transcription. Il faut lire M^me^ Gilchrist.

in quite a few arguments and I figured if I marked it in some way so as if she wants to use it she will have to get it recovered or replaced or whatever rather than just come in and start using it and I was thinking something about when we purchased the chesterfield and chair we had paid extra to have it treated against different things and that the, while looking at the rug I figured it was fire retarded (*sic*) and fire proofed and the drapes were the type by looking at them, I'm not sure, but by looking at them they looked the type that they were non-flammable and I figured if I threw a match down on the rug I would mark it and would have to be replaced if she wanted to have a rug there.

He denies having poured fluid in the living room before striking the matches. An expert witness from the Fire Marshall's office who found a can of barbecue fluid near the kitchen refrigerator also found a can similar in size and shape in the living room beside the front window. It was totally charred and was without its cap. Though he could not establish whether that can had contained an accelerant of any type he was of the opinion that the fire had definitely originated in the living-room and that an accelerant had been poured on the carpeting and ignited. (See A.C. at p. 226)

Vasil says that the matches he struck did not set fire but that one of them caused, to use his words, "just a little dot". The jury undoubtedly disbelieved him on this point and accepted the expert's version of the setting of the fire. They were, I feel, amply justified in doing so when one considers respondent's subsequent conduct. Indeed, he went back to the party.

... He attracted Mrs. Gilchrist's attention and endorsed his vehicle Transfer Permit over to her. Mrs. W. recalled the respondent saying, "I am going to the police station now". Mrs. Gilchrist said to the respondent, " ... you have done something to my children" in a very upset voice. Mr. Vasil did not respond. The respondent called the fire department. Mrs. Gilchrist said to Mrs. W. in the Respondent's presence, "Cam, he's done something, he's called the fire department", to which Mrs. W. responded, "no, he's only trying to scare you into going home". The respondent then said, "Well! if you don't come home you won't have one to go to", and he walked towards the front door. Mrs. Gilchrist asked Mrs. W. to

nous deux. Il avait été le sujet de bon nombre de nos querelles et je me suis dit que si je l'abîmais, elle ne pourrait plus s'en servir, elle devrait le faire recouvrir ou le remplacer ou faire quelque chose d'autre plutôt que simplement revenir et s'en servir. Je me suis rappelé que quand nous avons acheté le canapé et le fauteuil nous avions payé un supplément pour les traiter contre certaines choses et, en regardant le tapis j'ai pensé qu'il était ignifuge et à l'épreuve du feu et que les tentures étaient du genre qui paraissent, je n'en suis pas certain, mais à les voir elles paraissaient du genre ininflammable et je me suis imaginé que si je jetais une allumette sur le tapis je l'abîmerais et elle devrait le changer si elle voulait avoir un tapis à cet endroit.

Il nie avoir répandu de l'allume-feu dans la salle de séjour avant d'allumer les allumettes. Un expert du bureau du Commissaire aux incendies qui a trouvé un bidon d'allume-feu près du réfrigérateur de la cuisine en a aussi trouvé un de même forme et de même grandeur dans la salle de séjour près de la fenêtre avant. Il était complètement carbonisé et n'avait plus de bouchon. Quoiqu'il n'ait pu savoir si le bidon avait contenu un liquide inflammable quelconque, il a émis l'avis que le feu avait certainement commencé dans la salle de séjour et qu'un liquide inflammable avait été répandu sur la moquette et allumé. (D.c., à la p. 226)

Selon Vasil, les allumettes qu'il a allumées n'ont pas mis le feu, mais l'une d'elles a causé, selon ses propres termes, [TRADUCTION] «juste une petite marque». Le jury ne l'a manifestement pas cru sur ce point et a ajouté foi à la version de l'expert sur l'origine de l'incendie. Le jury était, à mon avis, pleinement justifié de le faire, si l'on tient compte de la conduite de l'intimé par la suite. En effet, il est retourné à la réception.

[TRADUCTION] ... Il a attiré l'attention de M^me^ Gilchrist et a endossé en sa faveur l'enregistrement de sa voiture. M^me^ W. s'est souvenu que l'intimé a dit: «Je m'en vais au poste de police maintenant». M^me^ Gilchrist a dit à l'intimé « ... tu as fait quelque chose à mes enfants» d'un ton de voix très bouleversé. M. Vasil n'a pas réagi. L'intimé a appelé les pompiers. M^me^ Gilchrist a dit à M^me^ W., en présence de l'intimé, «Cam, il a fait quelque chose, il a appelé les pompiers» ce à quoi M^me^ W. a répondu: «Non, il essaie simplement de te faire peur pour que tu rentres à la maison». L'intimé a alors dit: «Eh bien, si tu ne viens pas à la maison, tu n'auras plus de maison où aller» et il est allé vers la porte

call a taxi because she wanted to go home, and the respondent said to her, "you rotten bitch, you are too fucking late". He drove off from the party alone to the police station.

. . .

The next thing the respondent recalled after leaving the party was being at the intersection of East 23rd and Fennell Streets, from where he could see the fire. He walked into the station at approximately 5:00 a.m., threw his keys onto the counter, and said to Police Constable Patterson, the station duty officer, "I am the guy you are looking for. I lit the fire". Police Constable Patterson asked, "What?" and the respondent responded, "I lit the fire on East 23rd Street". At this point Police Constable Balnaves approached the respondent and cautioned him, then escorted him into the Sergeant's room. Police Constable Balnaves asked if there was anybody at the house and the respondent replied, "Yes, Lorna, 6 years, and Allan, 9 years. I took the babysitter home and went back to the house. I opened the fridge and the freezer and poured barbecue fluid over everything and set it alight. I drove around the block several times to make sure it was going good, that the windows had a red glow" . . .

A half hour later he made another statement to two police sergeants saying: "What's to say. I lit it" and then added:

The only way I felt I could get back was to do something physical. I went back to the house from the party and called her several times. She said she would leave when she felt like it. I figured "You bitch. I would fucking well fix you". I unplugged the fridge and freezer and soaked them with barbecue fluid. I threw a match on it between the hall and the living-room. I left and drove around. I went back to the house where the party was at and talked to her again. Then I went to the Mountain Police Station.

Up till that point he had been cautioned that he was being charged with setting the fire. When at 6 a.m. the police, who by then had found out that two bodies had been discovered in the house, informed him that he was being charged with two counts of murder and cautioned him anew, respondent became visibly upset and said: "I want to die. Tell me it isn't true. Charge me with murder. Oh my God, no, over a stupid argument. Oh my God, I can't face Lorna. Please tell me it

d'entrée. M^me^ Gilchrist a demandé à M^me^ W. d'appeler un taxi parce qu'elle voulait rentrer, mais l'intimé lui a dit: «Espèce de sale chienne, t'es mauditement en retard». Il est parti seul en voiture pour le poste de police.

. . .

La première chose dont l'intimé se souvienne après avoir quitté la réception c'est de s'être trouvé à l'intersection de la 23^e^ rue Est et de la rue Fennell, d'où il pouvait voir l'incendie. Il est entré au poste de police vers 5 h du matin, il a lancé ses clés sur le comptoir et a dit à l'agent Patterson, qui était l'agent de service au poste: «Je suis le type que vous recherchez. J'ai mis le feu». L'agent Patterson lui a demandé «Quoi?» et l'intimé a répondu: «J'ai mis le feu sur la 23^e^ rue Est». A ce moment l'agent Balnaves s'est approché de l'intimé et l'a mis en garde; puis il l'a conduit au bureau du sergent. L'agent Balnaves lui a demandé s'il y avait quelqu'un dans la maison et l'intimé a répondu: «Oui, Lorna, 6 ans et Allan, 9 ans. J'ai ramené la gardienne chez elle et suis revenu à la maison, j'ai ouvert le réfrigérateur et le congélateur et j'ai répandu de l'allume-feu sur tout et j'y ai mis le feu. J'ai fait plusieurs fois le tour du pâté de maisons, en voiture, pour m'assurer que le feu était bien pris, qu'il y avait des lueurs rouges aux fenêtres» . . .

Une demi-heure plus tard il a fait une autre déclaration à deux sergents de police: [TRADUCTION] «Que dire, je l'ai allumé» et il a ajouté alors:

[TRADUCTION] La seule manière dont j'ai pensé pouvoir me venger était de faire quelque chose de physique. Je suis revenu de la réception à la maison et je l'ai appelée plusieurs fois au téléphone. Elle a dit qu'elle partirait quand elle en aurait envie. Je me suis dit: «Espèce de chienne, je suis mieux de mauditement bien t'organiser». J'ai débranché le réfrigérateur et le congélateur et je les ai imbibés d'allume-feu. J'y ai jeté une allumette entre le hall et la salle de séjour. Je suis parti et j'ai fait le tour du pâté de maisons en voiture. Je suis retourné à la maison où la réception avait lieu et je lui ai parlé de nouveau. Puis je suis allé au poste de police Mountain.

Jusqu'à ce moment là, il avait été mis en garde qu'il était accusé d'avoir allumé un incendie. Quand à 6 h du matin, après avoir appris qu'on avait trouvé deux cadavres dans la maison, les policiers ont informé l'intimé qu'il était accusé de meurtre sur deux chefs d'accusation et l'ont mis en garde de nouveau, celui-ci fut visiblement troublé et il a dit: [TRADUCTION] «Je veux mourir. Dites-moi que ce n'est pas vrai. Accusez-moi de meurtre. Oh mon Dieu, non, à cause d'une querelle idiote.

isn't true". He then telephoned his brother to whom he said: "I am charged with murder. I torched the house. Unfortunately the kids were inside". A while later, one of the sergeants asked him where he had sprinkled the fluid to which he replied: "In the basement, in the freezer and in the living room and on the sofa and rug".

A little over an hour later, he made a statement which was typed by one of the sergeants and that he then signed. In this statement he said:

> ... I went back to 375 East 23rd Street called her again and she said the same thing and that's when I figured I would ruin a couple of things around the house. I unplugged the refrigerator and the freezer so the food would thaw out. I poured the liquid on it so it would spoil and not be used. Question. What kind of fluid? Answer. Barbecue fluid. Question. Where did you get the fluid? Answer. In the basement. There was a box of matches sitting with the barbecue fluid. I threw a part can in the living-room. I struck a match and threw it. I threw a couple more which both went out. I dropped one on the rug about the size of a dime which did not go out. I left the house and went around the block a few times, then I went back to W.'s and asked her to go home and she said no. I said will you please come home, if you don't come home you won't have a home to go to. She wouldn't go so I left I drove down Fennell looked up 23rd Street and saw the flames, I then drove to the police station on Upper Wellington Street in a hurry. I went in and told an officer I set the fire on 23rd Street. Question. Did you know anyone was in the house when you set the fire? Answer. It never even registered. If I had thought the children were in I never would have done it in the first place. ...

In his charge the judge instructed the jury that in view of the facts adduced in evidence a verdict of murder could, subject to certain factual determinations by them, be grounded upon ss. 212(*a*)(i), 212(*a*)(ii) or 212(*c*) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal for Ontario found no misdirection in law by the judge with respect to

Oh mon Dieu, je ne peux pas faire face à Lorna, s'il-vous-plaît, dites-moi que ce n'est pas vrai». Il a alors téléphoné à son frère et lui a dit: [TRADUCTION] «Je suis accusé de meurtre. J'ai fait flamber la maison. Malheureusement les enfants étaient à l'intérieur». Un peu plus tard, un des sergents lui a demandé où il avait répandu le liquide et il a répondu: [TRADUCTION] «Au sous-sol, dans le congélateur et dans la salle de séjour, sur le sofa et le tapis».

Un peu plus d'une heure plus tard, il a fait une déclaration qu'un officier de police a dactylographiée et que l'intimé a signée. Dans cette déclaration il dit ceci:

> [TRADUCTION] ... Je suis retourné au 375 Est de la 23e rue, je l'ai appelée une autre fois et elle a dit la même chose. C'est alors que j'ai pensé à abîmer des choses dans la maison. J'ai débranché le réfrigérateur et le congélateur pour que la nourriture dégèle. J'y ai répandu le liquide pour que ce soit avariée et inutilisable. Question. Quelle sorte de liquide? Réponse: De l'allume-feu. Question. Où avez-vous pris le liquide? Réponse: Au sous-sol. Il y avait une boîte d'allumettes déposée au même endroit que l'allume-feu. J'ai répandu une partie du bidon dans la salle de séjour. J'ai allumé une allumette et je l'ai lancée. J'en ai lancé deux autres qui se sont éteintes toutes les deux. J'en ai laissé tomber une sur le tapis environ de la grandeur d'une pièce de dix cents et elle ne s'est pas éteinte. J'ai quitté la maison et j'ai fait le tour du pâté de maisons à quelques reprises, après je suis retourné chez les W. et je lui ai demandé de rentrer et elle a dit non. Je lui ai dit: «Veux-tu s'il-te-plaît rentrer à la maison, sinon tu n'auras plus de maison où aller». Elle n'a pas voulu venir, je suis donc parti et je suis passé en voiture par la rue Fennell, j'ai regardé dans la direction de la 23e rue et j'ai vu les flammes, ensuite je suis allé en voiture au poste de police de la rue Upper Wellington en vitesse. Je suis entré et j'ai dit à un agent de police que j'avais allumé le feu de la 23e rue. Question: Saviez-vous s'il y avait quelqu'un dans la maison quand vous avez mis le feu. Réponse: Ça ne m'est même pas venu à l'idée, si j'avais pensé que les enfants y étaient je ne l'aurais jamais fait pour commencer ....

Dans son exposé, le juge a indiqué aux membres du jury que compte tenu des faits mis en preuve, sous réserve de certaines déterminations de fait qu'ils devaient faire, un verdict de meurtre pouvait être fondé sur les sous-al. 212*a*)(i), 212*a*)(ii) ou sur l'al. 212*c*) du *Code criminel*. La Cour d'appel de l'Ontario n'a pas trouvé d'erreur de droit dans

the application of ss. 212(*a*)(i) and (ii) of the *Criminal Code* but found that the trial judge had erred in his charge with respect to s. 212(*c*) in two ways, in that he:

> did not relate the defence of drunkenness to the issue of the appellant's knowledge of the surrounding circumstances at the time he did the act in furtherance of the unlawful object . . .

and in that he:

> failed to charge the jury with respect to the onus of proof and the degree of proof as to the defence of drunkenness.

The accused had raised before the Ontario Court of Appeal another ground to the effect that in any event, in view of the facts adduced in evidence, the judge should not have left s. 212(*c*) to the jury as a possible basis for a verdict of murder. The Court of Appeal chose not to deal with the arguments advanced by appellant in support of this ground. Accused, now the respondent, again raises that ground before us.

In my opinion the trial judge was right in leaving the case to the jury on the basis of para. (*c*) of s. 212; however, since I agree with the Ontario Court of Appeal's disposition of this appeal and would order a new trial, I think it desirable that something be said on the matter.

More specifically, respondent argues that the judge erred when he directed that s. 212(*c*) could apply to the case at bar, and in saying "that the unlawful object" alleged by the Crown was to "seek revenge and destroy property" and the "unlawful act" was "setting fire to the house . . .". On this point respondent argues:

> 1. It is respectfully submitted that the "unlawful act" in s. 205(5)(*a*) which makes homicide culpable and which is the foundation for murder in s. 212 and the equivalent of the "anything" in s. 212(*c*) must be distinct from and different than the "unlawful object" in s. 212(*c*). Otherwise the subjective basis for liability in s. 212(*a*) is converted, in every case, to the objective liability of s. 212(*c*).

les directives du juge quant à l'application des sous-al. 212*a*)(i) et (ii) du *Code criminel*, mais elle a conclu que le juge du procès avait commis deux erreurs dans ses directives à l'égard de l'al. 212*c*), d'abord parce qu'il:

> [TRADUCTION] n'a pas fait le lien entre la défense d'ivresse et la connaissance qu'avait l'appelant des circonstances qui prévalaient au moment où il a accompli l'acte posé en vue de réaliser la fin illégale . . .

et puis parce qu'il:

> [TRADUCTION] n'a pas donné de directives au jury quant au fardeau et au degré de preuve relatifs à la défense d'ivresse.

L'accusé a soulevé un autre moyen devant la Cour d'appel de l'Ontario, savoir qu'en tout état de cause, étant donné les faits mis en preuve, le juge n'aurait pas dû indiquer au jury que l'al. 212*c*) pouvait servir de fondement à un verdict de meurtre. La Cour d'appel a choisi de ne pas s'arrêter aux arguments soumis par l'appelant au soutien de ce moyen d'appel. L'accusé, intimé en cette Cour, soulève à nouveau ce moyen devant nous.

A mon avis, le juge du procès a eu raison de laisser l'affaire à l'appréciation du jury en fonction de l'al. *c*) de l'art. 212; cependant, puisque je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario sur la façon dont elle a disposé de l'appel et que je suis d'avis d'ordonner un nouveau procès, je crois utile d'élaborer quelque peu sur cet aspect du pourvoi.

Plus précisément, l'intimé soutient que le juge a commis une erreur en indiquant que l'al. 212*c*) pouvait s'appliquer en l'espèce et en disant que «la fin illégale» invoquée par la poursuite était [TRADUCTION] «de chercher à se venger et de détruire un bien» et que «l'acte illégal» était [TRADUCTION] «d'avoir mis le feu à la maison . . .». A cet égard, l'intimé soumet les arguments suivants:

[TRADUCTION]

> 1. Nous soutenons respectueusement que «l'acte illégal» mentionné à l'al. 205(5)*a*) qui rend l'homicide coupable et qui constitue le fondement du meurtre visé à l'art. 212 et ce qui correspond au «quelque chose» de l'al. 212*c*) doivent être distincts et différents de la «fin illégale» de l'al. 212*c*). Sinon le fondement subjectif de la responsabilité de l'al. 212*a*) devient, dans tous les cas, la responsabilité objective de l'al. 212*c*).

2. Further, it is respectfully submitted that the distinction between the unlawful object and the unlawful act should be sufficiently distinct to avoid criminal negligence causing death (manslaughter, Code s. 205(5)(*b*)) being converted into murder in every case.

3. Finally, it is respectfully submitted that "revenge" could not constitute the unlawful object. Revenge is not itself unlawful it is merely the motive for (*sic*) commission of the offence and circumstantial evidence from which the requisite intent could be inferred. If revenge were a sufficient unlawful object for the purpose of s. 212(*c*) then any killing for which the accused had a motive, such as jealousy or revenge, would be murder without necessity of proving the intent required by s. 212(*a*). This would reserve s. 212(*a*) for only those extremely rare cases where there was no motive for the killing.

2. Nous soutenons en outre respectueusement que la distinction entre la fin illégale et l'acte illégal doit être assez grande pour éviter que la négligence criminelle qui cause la mort (l'homicide involontaire coupable visé à l'al. 205(5)*b*) du Code) ne devienne un meurtre dans tous les cas.

3. Enfin, nous soutenons respectueusement que la «vengeance» ne pouvait pas constituer la fin illégale. La vengeance n'est pas illégale en soi, elle n'est que le motif de la perpétration d'une infraction et une preuve indirecte qui permet de conclure à l'existence de l'intention requise. Si la vengeance était une fin illégale suffisante aux termes de l'al. 212*c*), tous les homicides pour lesquels un accusé a eu un motif, tel la jalousie ou la vengeance, seraient des meurtres sans qu'il soit nécessaire de prouver l'intention requise en vertu de l'al. 212*a*). Cela limiterait l'al. 212*a*) aux seuls cas extrêmement rares où l'homicide n'aurait pas eu de motif.

In his charge, the trial judge, who had explained to the jurors what was homicide and what made it culpable, read s. 212(*c*) and then said:

... With that (*sic*) object did he light the fire and, secondly, did he know or ought he to have known that it was likely to cause death. With what object did he light the fire; did he know or ought he to have known that it was likely to cause death. Now as to the first, I instruct you that generally it is unlawful to set fire to a building or do anything that is likely to set fire to a building to spite another. In the circumstances here, it is for you to determine that he set the fire with an unlawful object; but the only lawful object that might appear is, if you accept his evidence that all he was doing was marking his own rug and furniture to spite Mrs. Gilchrist, or if you find that such evidence created a reasonable doubt in your mind about his unlawful object. If that is the situation, you cannot find him guilty of murder under Section 212(*c*). Now it is for you to determine but, I feel I should state my opinion on this issue. I find it hard to come to any conclusion but that he was doing what he did when he threw the fluid and the matches and did the other things in the house that he did, that he was doing it for anything but an unlawful object, but I am leaving it to you and my opinion should not determine yours.

Dans son exposé, le juge du procès, après avoir expliqué aux jurés ce qu'était l'homicide, ce qui le rendait coupable et leur avoir lu l'al. 212*c*) a poursuivi:

[TRADUCTION] ... A-t-il allumé le feu à cette fin et en second lieu, savait-il ou aurait-il dû savoir que c'était de nature à causer la mort? Dans quel but a-t-il allumé le feu et savait-il ou aurait-il dû savoir que c'était de nature à causer la mort? Maintenant, à propos de la première question, je vous indique qu'il est généralement illégal de mettre le feu à un immeuble ou de faire quelque chose qui vraisemblablement y mettra le feu pour se venger de quelqu'un. Dans les circonstances de l'espèce, il vous appartient de décider s'il a mis le feu pour une fin illégale; mais la seule fin légale qui peut ressortir c'est que, si vous croyez son témoignage, il a seulement voulu abîmer ses propres meubles et son tapis pour se venger de M^me^ Gilchrist, ou si vous trouvez que ce témoignage a créé un doute raisonnable dans votre esprit au sujet de la fin illégale qu'il poursuivait. Si tel est le cas, vous ne pouvez pas le trouver coupable de meurtre en vertu de l'al. 212*c*). Il vous revient maintenant d'en décider, mais j'estime que je dois exprimer mon avis sur cette question. Je trouve difficile de ne pas conclure qu'il a fait ce qu'il a fait quand il a répandu le liquide et allumé les allumettes et quand il a fait toutes les autres choses qu'il a faites dans la maison, qu'il les a faites autrement que pour une fin illégale, mais je vous laisse en décider et mon opinion ne doit pas déterminer la vôtre.

After the jury retired, the judge, at the Crown's request, agreed to give further instructions on the matter in the following terms:

... Now I think I should make it clear that the position of the crown and, is this with regard to two important matters involved in murder as it is before you. First, that in this case the unlawful object that the crown points to was to seek revenge and destroy property, and that the unlawful act was setting the fire; and that if you go back to your definitions you come to the proposition that if someone causes the death of another by an unlawful act that is manslaughter; but if they have an unlawful object and ought to have known that what they were doing was causing death then that is murder under Section 212(*c*). So the unlawful act is necessary to the homicide, and the crown says that is setting the fire; and in almost every case that I can think of, except a very, very narrow one if you choose to find it on the facts, setting the fire is an unlawful act in these circumstances; and the unlawful object to seek revenge and destroy property is what has been put before you in the evidence, and it is that that the crown rely on.

. . .

An hour or so later, the jury asked to be instructed anew in regard to s. 212(*c*). In complying with their request, the judge told them:

Now culpable homicide is causing the death of a human being by means of an unlawful act and this provides that, where the death of a human being has been caused by an unlawful act, which the crown says here was setting fire to the house, that if that were done for an unlawful object, which the crown says here is to seek revenge and to destroy property, then if the accused knows or ought to have known that it was likely to cause death and death is caused, then that is murder ...

. . .

... And, if here you find that there was an unlawful object, and there was an unlawful act that caused death but you are in doubt as to whether he knew or ought to have known that it was likely to cause death, then you should find him guilty of manslaughter; ...

Sections 205 and 212 of the *Criminal Code* read as follows:

Après que le jury se fut retiré, le juge, à la demande de la poursuite, a consenti à lui donner d'autres directives sur la question dans les termes suivants:

[TRADUCTION] ... Je crois que je dois vous indiquer clairement que la thèse de la poursuite est la suivante quant aux deux aspects importants du meurtre dans l'affaire dont vous avez à décider. D'abord c'est qu'en la présente affaire la fin illégale que la poursuite indique a été de chercher à se venger et de détruire des biens et que l'acte illégal a consisté à mettre le feu. Si vous vous rappelez les définitions vous savez que si quelqu'un cause la mort de quelqu'un d'autre par un acte illégal, c'est un homicide involontaire coupable; si cependant quelqu'un poursuit une fin illégale et aurait dû savoir que ce qu'il faisait causait la mort, alors c'est un meurtre à cause de l'al. 212*c*). Donc il faut un acte illégal pour l'homicide et la poursuite soutient que c'est le fait d'avoir mis le feu; et dans presque tous les cas que je peux voir, sauf dans un cas très très limité si vous choisissez de conclure à ce cas selon les faits, mettre le feu est un acte illégal dans ces circonstances; la fin illégale que constitue le fait de chercher à se venger et de détruire un bien est ce qui a été mis en preuve devant vous et c'est ce que la poursuite invoque.

Environ une heure plus tard, le jury a demandé des directives supplémentaires à l'égard de l'al. 212*c*). Pour répondre à cette demande le juge a dit:

[TRADUCTION] Voici, c'est un homicide coupable de causer la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal et il s'ensuit que, si la mort de l'être humain a été causée par un acte illégal, en l'espèce, selon la poursuite, le fait de mettre le feu à la maison, si cela a été fait pour une fin illégale, en l'espèce, selon la poursuite le fait de vouloir se venger et de détruire un bien, si l'accusé savait alors ou aurait dû savoir que cela était de nature à causer la mort et si la mort en est effectivement résultée, c'est un meurtre ...

. . .

... Si vous concluez qu'il y avait une fin illégale et qu'il y a eu un acte illégal qui a causé la mort, mais que vous ayez un doute sur le fait qu'il savait ou aurait dû savoir que cet acte était de nature à causer la mort, alors vous devez le déclarer coupable d'homicide involontaire; ...

Voici le texte des art. 205 et 212 du *Code criminel*:

205. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

(2) Homicide is culpable or not culpable.

(3) Homicide that is not culpable is not an offence.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(*a*) by means of an unlawful act,

(*b*) by criminal negligence,

(*c*) by causing that human being, by threats or fear of violence or by deception, to do anything that causes his death, or

(*d*) by wilfully frightening that human being, in the case of a child or sick person.

(6) Notwithstanding anything in this section, a person does not commit homicide within the meaning of this Act by reason only that he causes the death of a human being by procuring, by false evidence, the conviction and death of that human being by sentence of the law. 1953-54, c. 51, s. 194.

212. Culpable homicide is murder

(*a*) where the person who causes the death of a human being

(i) means to cause his death, or

(ii) means to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and is reckless whether death ensues or not;

(*b*) where a person, meaning to cause death to a human being or meaning to cause him bodily harm that he knows is likely to cause his death, and being reckless whether death ensues or not, by accident or mistake causes death to another human being, notwithstanding that he does not mean to cause death or bodily harm to that human being; or

(*c*) where a person, for an unlawful object, does anything that he knows or ought to know is likely to cause death, and thereby causes death to a human being, notwithstanding that he desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being. 1953-54, c. 51, s. 201.

205. (1) Commet un homicide, quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(2) L'homicide est coupable ou non coupable.

(3) L'homicide qui n'est pas coupable ne constitue pas une infraction.

(4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain,

a) au moyen d'un acte illégal,

b) par négligence criminelle,

c) en portant cet être humain, par des menaces ou la crainte de quelque violence, ou par la supercherie, à faire quelque chose qui cause sa mort, ou

d) en effrayant volontairement cet être humain, dans le cas d'un enfant ou d'une personne malade.

(6) Nonobstant les dispositions du présent article, une personne ne commet pas un homicide au sens de la présente loi, du seul fait qu'elle cause la mort d'un être humain en amenant, par de faux témoignages, la condamnation et la mort de cet être humain par sentence de la loi. 1953-54, c. 51, art. 194.

212. L'homicide coupable est un meurtre

a) lorsque la personne qui cause la mort d'un être humain

(i) a l'intention de causer sa mort, ou

(ii) a l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait être de nature à causer sa mort, et qu'il lui est indifférent que la mort s'ensuive ou non;

b) lorsqu'une personne, ayant l'intention de causer la mort d'un être humain ou ayant l'intention de lui causer des lésions corporelles qu'elle sait de nature à causer sa mort, et ne se souciant pas que la mort en résulte ou non, par accident ou erreur cause la mort d'un autre être humain, même si elle n'a pas l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles à cet être humain; ou

c) lorsqu'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, même si elle désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit. 1953-54, c. 51, art. 201.

It is argued that the trial judge left the jury with the impression that "seeking revenge" could be an "unlawful object", or part thereof, as that expression is meant in s. 212(*c*). True he did not directly tell them so; but not having clearly told them what he thought could be an unlawful object, he then said that, according to the Crown, seeking revenge and destroying property could be such an unlawful object. This, in my opinion, does not, given the circumstances of this case, amount to a misdirection which would warrant the ordering of a new trial. Before giving my reasons for this conclusion, I think it appropriate that a digression be made to deal with what appears to be a misinterpretation of the relation between ss. 212(*c*) and 205(5)(*a*) which, though of little consequence in this case given its particular set of facts, could in others become the source of great confusion.

In his charge to the jury the trial judge said that, in order to comply with the requirement of an unlawful act so that the homicide be culpable under s. 205(5)(*a*), there must be under s. 212(*c*) an unlawful act causing death and a further unlawful object. This interpretation of the law appears to have been shared by appellant and respondent. This is, in my opinion, wrong.

Section 205(5) contains within its four corners by virtue of subs. (4) all possible forms of murder, manslaughter and infanticide, and is not merely a definition of manslaughter. When considering s. 205(5)(*a*), it appears that what distinguishes murder from manslaughter is the nature of the unlawful act causing death and the circumstances under which that unlawful act was committed. True those circumstances may well amount to the commission of other unlawful acts; however, it is not the unlawfulness of those acts that makes that culpable homicide murder, but the aggravated nature of the mental element those acts import into the events.

Under s. 212(*c*), there is no requirement that the dangerous act be itself unlawful, though, because it is dangerous to life, it usually is. The

On a soutenu que le juge du procès avait laissé au jury l'impression que le fait de «chercher à se venger» pouvait constituer totalement ou partiellement une «fin illégale», au sens qu'a cette expression à l'al. 212*c*). Il est vrai qu'il ne l'a pas dit expressément; mais sans avoir expliqué au jury ce qui, à son avis, pouvait constituer une fin illégale, il lui a dit que, d'après la poursuite, chercher à se venger et détruire un bien pouvaient constituer une fin illégale. Dans les circonstances de l'espèce, cela n'équivaut pas, selon moi, à une directive erronée qui puisse justifier d'ordonner un nouveau procès. Avant d'exposer les motifs qui m'amènent à cette conclusion, je crois nécessaire de faire une digression et d'examiner ce qui semble être une fausse interprétation du lien entre les al. 212*c*) et 205(5)*a*) qui, même si elle a peu de conséquences en l'espèce en raison des faits de celle-ci, pourrait devenir, dans d'autres affaires, la cause de beaucoup de confusion.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a dit que, pour qu'il existe un acte illégal comme l'exige l'al. 205(5)*a*) qui rende l'homicide coupable, il faut qu'il existe, pour que s'applique l'al. 212*c*), un acte illégal causant la mort et, en plus, une fin illégale. L'appelante et l'intimé semblent avoir été d'accord sur cette interprétation du droit. D'après moi, c'est une erreur.

Le paragraphe 205(5) englobe, à cause du par. (4), toutes les formes possibles du meurtre, de l'homicide involontaire coupable et de l'infanticide et ne constitue pas seulement une définition de l'homicide involontaire coupable. A l'examen de l'al. 205(5)*a*), il ressort que ce qui distingue le meurtre de l'homicide involontaire coupable, ce sont la nature de l'acte illégal qui cause la mort et les circonstances de la perpétration de l'acte illégal. Il se peut bien que ces circonstances constituent la perpétration d'autres actes illégaux; ce n'est cependant pas l'illégalité en elle-même de ces actes qui fait que l'homicide coupable est un meurtre, mais l'aggravation de l'élément moral (*mens rea*) dont la présence nous est révélée par ces actes.

En vertu de l'al. 212*c*), il n'est pas nécessaire que l'acte dangereux soit lui-même illégal, quoique, du fait qu'il met la vie en péril, il le soit

unlawful act that must be found under s. 212(*c*) in order to meet the requisite unlawfulness to qualify that homicide as being culpable under s. 205(5)(*a*) is that which is the result of the prosecution of the unlawful object by the dangerous act. To require an unlawful act to meet the requirement of s. 205(5)(*a*) and then a further unlawful object so that that culpable homicide be murder is wrong. I agree that if *de facto* the dangerous act is itself unlawful, as in the case at bar, the jury must then be told, as the trial judge did, that there must be the prosecution of a further unlawful object, clearly distinct from the immediate object of the dangerous (unlawful) act; but this is so not because the latter is the unlawful act of s. 205(5)(*a*) and the former the unlawful object of s. 212(*c*), as suggested by the trial judge, but because dangerous conduct causing death to become the basis for a finding of murder must meet the test set out in ss. 212(*a*) or (*b*) and not merely that of s. 212(*c*). This is not to say that the usual unlawfulness of the dangerous act cannot be the unlawful act of s. 205(5)(*a*) that renders that homicide culpable when considering manslaughter, but only that the unlawfulness of its object, since all acts have an object, cannot be the "unlawful object" when seeking to apply s. 212(*c*) to a set of facts. (See the opinions of Martin J.A. in the case of *R. v. Tennant and Naccarato*[4]; Zuber J.A. in *R. v. DeWolfe*[5] and those of North P. J.A. in *Downey v. The Queen*[6].

In the case at bar, when considering the charge as a whole, it appears that in view of the unlawfulness of the alleged dangerous conduct (which I discuss later on) the jury was properly directed as to the requirement of a distinct unlawful object though wrongly so as to the reasons for that requirement. But as I said, given the facts of this case, this misdirection as to the unlawful act of s. 205(5)(*a*) was in my opinion of no practical or meaningful consequence.

[4] (1975), 23 C.C.C. (2d) 80.
[5] (1976), 31 C.C.C. (2d) 23.
[6] [1971] N.Z.L.R. 97.

ordinairement. L'acte illégal qu'exige l'al. 212*c*) pour que soit présente l'illégalité nécessaire pour rendre l'homicide coupable en vertu de l'al. 205(5)*a*) est celui qui résulte de la poursuite de la fin illégale par l'acte dangereux. C'est une erreur d'exiger un acte illégal qui réponde aux conditions de l'al. 205(5)*a*) pour ensuite exiger une fin illégale distincte afin que cet homicide coupable soit un meurtre. Je conviens que si, en réalité, l'acte dangereux est lui-même illégal, comme en l'espèce, il faut dire au jury, comme le juge du procès l'a d'ailleurs fait, qu'il doit au surplus y avoir poursuite d'une fin illégale, nettement distincte de la fin immédiate de l'acte dangereux (et illégal); cependant, il n'en est pas ainsi parce que celui-ci est l'acte illégal visé à l'al. 205(5)*a*) et celle-là la fin illégale visée à l'al. 212*c*), comme le juge du procès le laisse entendre, mais parce que pour qu'une conduite dangereuse qui cause la mort puisse donner lieu à une déclaration de culpabilité de meurtre, elle doit satisfaire au critère énoncé aux al. 212*a*) ou *b*) et non seulement à celui de l'al. 212*c*). Cela ne veut pas dire que l'illégalité dont est d'habitude frappé l'acte dangereux ne peut constituer l'illégalité de l'acte visée à l'al. 205(5)*a*) qui fait que tel homicide est coupable dans le cas de l'homicide involontaire coupable, mais simplement que l'illégalité de sa fin, puisque tous les actes ont une fin, ne peut constituer «la fin illégale» dans le cas de l'application de l'al. 212*c*) à une situation donnée. (Voir l'opinion du juge d'appel Martin dans l'arrêt *R. v. Tennant and Naccarato*[4], celle du juge d'appel Zuber dans l'arrêt *R. v. DeWolfe*[5] et celle du juge d'appel P. North dans l'arrêt *Downey v. The Queen*[6].)

En l'espèce, si l'on tient compte de l'exposé dans son ensemble, il appert qu'à cause de l'illégalité de l'acte dangereux invoqué (dont je reparlerai plus loin), le jury a reçu des directives appropriées quant à la nécessité d'une fin illégale distincte, même s'il y a eu erreur quant aux raisons de cette exigence. Mais comme je l'ai déjà signalé, à cause des faits de l'espèce, cette directive erronée quant à l'acte illégal visé à l'al. 205(5)*a*) n'a pas eu, à mon avis, de conséquence pratique ou importante.

[4] (1975), 23 C.C.C. (2d) 80.
[5] (1976), 31 C.C.C. (2d) 23.
[6] [1971] N.Z.L.R. 97.

Now to return to the judge's charge relating to the meaning of "unlawful object" as that is contained in s. 212(*c*).

Let it be said right now that, in my opinion the "unlawful object" contemplated by Parliament in that section is that which, if prosecuted fully, would amount to an indictable offence requiring *mens rea*.

At the time Canada enacted its first *Criminal Code* (1892), both murder and manslaughter were the killing of a person by, amongst other means, an unlawful act, and this was codified in s. 220, now s. 205(5)(*a*). Murder and manslaughter were, because of the unlawful act, both culpable homicides. What made one but manslaughter and aggravated the other to make it murder was the presence or absence of malice aforethought on the part of him who committed that unlawful act. Culpable homicide, *i.e.* the killing by an unlawful act, without malice aforethought was manslaughter, but, done with malice aforethought, was murder. Malice aforethought was either express or implied by law. Express malice was present when the purpose of the accused was to deprive another (not necessarily the actual victim) of life or to cause grievous bodily harm to that person. Sections 212 (*a*) and (*b*) of today's *Criminal Code* are a codification of what was then the common law as it related to express malice aforethought. As for implied malice aforethought, *Halsbury's Laws of England*, vol. 9, (1st ed.), 1909, describes it as follows (at p. 573):

1163. Malice aforethought is implied by law (1) where the person killed is an officer of the law legally arresting or imprisoning the accused or executing other process of

Revenons maintenant à l'exposé du juge quant au sens de «fin illégale» à l'al. 212*c*) *.

Pour commencer par ma conclusion, je dirai d'abord qu'à mon avis la «fin illégale» envisagée par le Législateur dans cet article est celle qui, poursuivie jusqu'au bout, constituerait une infraction punissable par voie de mise en accusation et qui requiert la *mens rea*.

A l'époque ou le Canada a promulgué son premier *Code criminel* (1892), le meurtre aussi bien que l'homicide involontaire coupable étaient le fait de tuer un être humain par le moyen, entre autres, d'un acte illégal et c'est ce qui a été codifié à l'art. 220, devenu maintenant l'al. 205(5)*a*). Le meurtre et l'homicide involontaire coupable étaient, à cause de l'acte illégal, l'un et l'autre des homicides coupables. Ce qui faisait de l'un un simple homicide involontaire coupable et aggravait le second pour en faire un meurtre, c'était la présence ou l'absence de malice intentionnelle (*malice aforethought*) de la part de celui qui avait commis cet acte illégal. L'homicide coupable, c.-à-d. le fait de tuer en commettant un acte illégal, sans malice intentionnelle, constituait un homicide involontaire coupable alors que, s'il y avait malice intentionnelle, c'était un meurtre. La malice intentionnelle était soit explicite soit présumée par la loi. La malice était explicite lorsque le but de l'accusé avait été d'enlever la vie à quelqu'un d'autre (sans que ce soit nécessairement à la victime elle-même) ou de causer des blessures physiques graves à cette personne. Les alinéas 212*a*) et *b*) du *Code criminel* actuel sont la codification de ce qu'était alors la *common law* au sujet de la malice intentionnelle. Quant à ce qui est de la malice intentionnelle présumée, l'édition de 1909 de «*The Laws of England*» de Halsbury, t. 9, la décrit dans les termes suivants (à la p. 573):

[TRADUCTION] 1163. La malice intentionnelle est présumée par la loi (1) quand la victime est un agent de justice en train d'arrêter ou d'emprisonner légalement

* Cette partie de l'arrêt vise à cerner plus précisément le sens de l'expression «fin illégale» lorsque employée à l'al. 212*c*) du *Code criminel*. Dans ce contexte, il nous est apparu préférable, pour éviter toute confusion, de traduire «indictable offence» par l'expression «infraction punissable par voie de mise en accusation» plutôt que par la traduction habituelle employée par le *Code*, soit «acte criminel».

law in a legal manner; (2) where, although there may have been provocation, such provocation has not been sufficient to reduce the offence to manslaughter; (3) where the killing has been caused by the accused while he was committing some other felony. [The underlining is mine.]

Then in section 1171 (at p. 579):

1171. Where a person whilst committing or attempting to commit a felony does an act which is known to be dangerous to life and likely in itself to cause death, and the death of another person results as a consequence of that act though not intended by the person committing it, the law implies malice aforethought, and the person causing the death is guilty of murder. [The underlining is mine.]

A reading of these passages would quite naturally suggest that there had to exist the commission of, or an attempt to commit, an offence which in itself was a felony and that that be so without the import of any unlawfulness that the dangerous act might offer. But doubt is cast on this interpretation when one reads Humphreys J.'s description of the common law in *Larkin v. The King*[7], which was subsequently referred to and approved by the House of Lords in *D.P.P. v. Newbury*[8] (H.L.), as being "an admirably clear statement of the law", where Humphreys J. said (at p. 23 *et seq.*):

Perhaps it is well once more to state the proposition of law which has been stated by Judges for generations and, so far as we are aware, never disputed or doubted. If a person is engaged in doing a lawful act, and in the course of doing that lawful act behaves so negligently as to cause the death of some other person, then it is for the jury to say, upon a consideration of the whole of the facts of the case, whether the negligence proved against the accused person amounts to manslaughter, and it is the duty of the presiding Judge to tell them that it will not amount to manslaughter unless the negligence is of a very high degree. The expression most commonly used is "unless it shows the accused person to have been reckless as to the consequences of the act". That is the law where the act is lawful. Where the act which a person is engaged in performing is unlawful, then if at the same time it is a dangerous act, that is, an act which is likely to injure another person, and quite inadvertently the doer of the act causes the death of that other person by

[7] (1942), 29 Cr. App. R. 18.
[8] [1976] 2 All E.R. 365.

l'accusé ou en train de remplir une autre fonction de justice de manière légale; (2) quand, dans le cas de provocation, celle-ci n'a pas été suffisante pour réduire l'infraction à un homicide involontaire coupable; (3) quand l'homicide a été causé par l'accusé pendant qu'il commettait quelque autre «*felony*». [C'est moi qui souligne.]

Puis à l'art. 1171 (à la p. 579):

[TRADUCTION] 1171. Quand, pendant qu'une personne commet ou tente de commettre un «*felony*», elle accomplit un acte reconnu comme dangereux pour la vie et susceptible en soi de causer la mort, et que la mort d'une personne résulte comme conséquence de cet acte, même si la mort n'a pas été voulue par l'auteur de cet acte, la loi présume qu'il y a malice intentionnelle et la personne qui a causé la mort est coupable de meurtre. [C'est moi qui souligne.]

La lecture de ces passages donne naturellement à penser qu'il doit y avoir perpétration ou tentative de perpétration d'une infraction qui en soi constitue un «*felony*» et cela sans égard à l'illégalité que l'acte dangereux pouvait comporter. Mais cette interprétation est moins évidente quand on lit l'exposé du juge Humphreys sur la *common law* dans l'arrêt *Larkin v. The King*[7] que la Chambre des lords a confirmé et cité dans l'arrêt *D.P.P. v. Newbury*[8] (H.L.) en y référant comme [TRADUCTION] «un exposé admirablement clair du droit». Le juge Humphreys y dit ceci (aux pp. 23 et suiv.):

[TRADUCTION] Il est peut-être opportun de répéter une fois de plus l'énoncé du droit que les juges ont répété depuis des générations et qui, à notre connaissance, n'a jamais été ni contesté ni mis en doute. Si une personne accomplit un acte légal, mais en accomplissant cet acte légal se conduit de façon tellement négligente qu'elle cause la mort d'une autre personne, il appartient alors au jury de déterminer, à la lumière de tous les faits de l'espèce, si la négligence établie contre l'accusé constitue un homicide involontaire coupable, mais il incombe au juge qui préside le procès de dire au jury qu'elle ne constitue pas un homicide involontaire coupable à moins que la négligence ne soit très importante. L'expression la plus couramment employée est «à moins qu'elle ne démontre que l'accusé a été insouciant quant aux conséquences de l'acte». C'est là l'énoncé du droit pour les cas où l'acte est légal. Lorsque l'acte que la personne est en train d'accomplir est illégal, s'il est en même temps dangereux, c.-à-d. est susceptible de blesser quelqu'un

[7] (1942), 29 Cr. App. R. 18.
[8] [1976] 2 All E.R. 365.

that act, then he is guilty of manslaughter. If, in doing that dangerous and unlawful act, he is doing an act which amounts to a felony, he is guilty of murder and he is equally guilty of murder if he does the act with the intention of causing grievous bodily harm to the person whom in fact he kills. . . . [The underlining is mine.]

Thus it would appear that, under the common law, the felony could be the result of the aggravation of an unlawful, but less than felonious, act by the dangerous conduct.

Be that as it may, it appears that s. 174(*d*) of the *English Draft Code* was, save the doing away with the reference to "a felony", an attempt at codifying, if not the common law of the day, at least what Stephen J. said it was (which was different from what he thought it should be—see his *History of the Criminal Law*, vol. III, 1883, at pp. 23-87 and his *Digest*) and what Halsbury says was the modern rule at the time (see Halsbury, *The Laws of England*, vol. 9, (1st ed.), 1909, at p. 579 [fn. (h)]) and which he explained to the jury in the *Serné* case (*R. v. Serné and another*[9]), in the following way (at p. 313):

"I think that, instead of saying that any act done with intent to commit a felony and which causes death amounts to murder, it would be reasonable to say that any act known to be dangerous to life, and likely in itself to cause death done for the purpose of committing a felony which caused death, should be murder. [The underlining is mine.]

Indeed s. 174(*d*) of the *English Draft Code* reads:

174. Culpable homicide is murder in each of the following cases:

(*a*) . . .

(*b*) . . .

(*c*) . . .

(*d*) If the offender, for any unlawful object, does an act which he knows or ought to have known to be likely to cause death, and thereby kills any person, though he may have desired that his object should be effected without hurting any one.

[9] (1887), 16 Cox C.C. 311.

d'autre, et que tout à fait par inadvertance l'auteur de l'acte cause la mort de cette autre personne par cet acte, il est alors coupable d'homicide involontaire. Si, en faisant l'acte dangereux et illégal, il accomplit un acte qui constitue un «*felony*», il est coupable de meurtre et il est aussi coupable de meurtre s'il accomplit l'acte avec l'intention de causer des blessures physiques graves à la personne dont il cause en réalité la mort. . . . [C'est moi qui souligne.]

Ainsi, il semble qu'en vertu de la *common law*, le «*felony*» pourrait être le résultat de l'aggravation d'un acte illégal, (moins grave qu'un «*felony*») du fait du comportement dangereux.

Quoi qu'il en soit, l'al. 174*d*) du *Projet de code anglais* semblait vouloir, sauf pour l'élimination de la référence au «*felony*», codifier, si ce n'est la *common law* de l'époque, du moins ce que le juge Stephen la disait être (ce qui diffère de ce qu'il croyait qu'elle aurait dû être—voir son *History of the Criminal Law*, vol. III, 1883, aux pp. 23-87 et son *Digest*), et ce que Halsbury dit être la règle contemporaine de droit à l'époque (voir Halsbury, *The Laws of England*, t. 9, (1re éd.), 1909, à la p. 579 [note (h)]) et qu'il a expliquée au jury dans l'affaire Serné (*R. v. Serné and another*[9]), dans les termes suivants (à la p. 313):

[TRADUCTION] Je crois que plutôt que de dire que tout acte accompli avec l'intention de commettre un «*felony*» et qui cause la mort constitue un meurtre, il serait raisonnable de dire que tout acte reconnu dangereux pour la vie et susceptible en soi de causer la mort accompli dans le but de commettre un «*felony*» qui cause la mort devrait être un meurtre. [C'est moi qui souligne.]

En effet, l'al. 174*d*) du *Projet de code anglais* se lit comme suit:

[TRADUCTION] **174.** L'homicide coupable est un meurtre dans chacun des cas suivants:

a) . . .

b) . . .

c) . . .

d) Si le délinquant accomplit, pour toute fin illégale, un acte qu'il sait ou aurait dû savoir de nature à causer la mort, et qu'en conséquence il cause la mort d'une personne, même s'il peut avoir voulu que sa fin se réalise sans faire de mal à personne.

[9] (1887), 16 Cox C.C. 311.

Reference to Hansard is not usually advisable. However, as Canada has, at the time of codification, subject to few changes, adopted the *English Draft Code* of 1878, it is relevant to know whether Canada did so in relation to the various sections for the reasons advanced by the English Commissioners or for reasons of its own.

Indeed, a reading of Sir John Thompson's comments in Hansard of April 12, 1892, (House of Commons Debates, Dominion of Canada, Session 1892, vol. I, at pp. 1378-85) very clearly confirms that all that relates to murder was taken directly from the *English Draft Code* of 1878. Sir John Thompson explained the proposed murder sections by frequently quoting verbatim the reasons given by the Royal Commissioners in Great Britain, and it is evident that Canada adopted not only the British Commissioners' proposed sections but also their reasons.

The British Commissioners had suggested doing away with the expression "malice" because, they said, "there is a considerable difference between its popular and its legal meaning" and with "malice aforethought" in reference to murder because it had received, they said, "judicial interpretation which makes its use positively misleading". As for the word "felony", they had this to say (at p. 14):

> The distinction between felony and misdemeanour was, in early times, nearly, though not absolutely, identical with the distinction between crimes punishable with death and crimes not so punishable. For a long time past this has ceased to be the case. Most felonies are no longer punishable with death and many misdemeanours are now punishable more severely than many felonies. The great changes which have taken place in our criminal law have made the distinctions nearly if not altogether unmeaning. It is impossible to say on what principle embezzlement should be a felony, and the fraudulent misappropriation of money by an agent or the obtaining of goods by false pretense a misdemeanour; why bigamy should be a felony, and perjury a misdemeanour; why child-stealing be a felony, and abduction a misdemeanour. The result of this arbitrary classification is that the right to be bailed, the liability to be arrested without warrant, and, to a certain extent, the right of the court to order the payment of the costs

Il n'est ordinairement pas souhaitable de se reporter au Journal des débats. Cependant comme le Canada a adopté, à l'époque de la codification, le *Projet de code anglais* de 1878, avec quelques modifications, il est pertinent de trouver s'il l'a fait, quant aux différents articles, pour les motifs proposés par les commissaires anglais ou pour des motifs qui lui sont propres.

En effet, la lecture des commentaires de sir John Thompson dans le Journal des débats du 12 avril 1892 (Débats de la Chambre des Communes, Dominion du Canada, Session 1892, vol. I, aux pp. 1347 à 1354) confirme très clairement que tout ce qui a trait au meurtre a été pris directement du *Projet de code anglais* de 1878. Sir John Thompson a expliqué les articles proposés quant au meurtre en citant souvent au texte les motifs donnés par les membres de la Commission royale de Grande-Bretagne et il est manifeste que le Canada a adopté non seulement les articles proposés par les commissaires britanniques mais aussi leurs motifs.

Les commissaires britanniques avaient proposé d'éliminer le mot «malice» parce que, disaient-ils, [TRADUCTION] «il y a une différence considérable entre son sens courant et son sens juridique» et aussi les mots «malice intentionnelle» à l'égard du meurtre parce que, ont-ils dit, les tribunaux lui ont donné [TRADUCTION] «une interprétation qui la rend tout à fait trompeuse». Quant au mot «*felony*», ils en disent ceci (à la p. 14):

> [TRADUCTION] La distinction entre le «*felony*» et le «*misdemeanour*» était, autrefois, presque identique, bien qu'elle ne fût pas absolument identique, à la distinction entre les crimes punissables de mort et les crimes qui ne sont pas ainsi punissables. Depuis longtemps, il n'en est plus ainsi. La plupart des «*felonies*» ne sont plus punissables de mort et plusieurs «*misdemeanours*» sont aujourd'hui punissables avec plus de sévérité que plusieurs «*felonies*». Les grands changements qui ont été apportés à notre droit criminel ont rendu les distinctions presque sans signification, si non sans signification aucune. Il est impossible de dire en vertu de quel principe le détournement serait un «*felony*» et le détournement frauduleux de fonds par un agent ou l'obtention d'effets sous de faux prétextes, un «*misdemeanour*»; pourquoi la bigamie serait-elle un «*felony*» et le parjure un «*misdemeanour*»; pourquoi le vol d'enfant serait-il un «*felony*» et l'enlèvement un «*misdemeanour*»? Le résultat de cette classification arbitraire, c'est que le droit d'être élargi sous

of prosecutions vary in a manner equally arbitrary and unreasonable.

It was precisely this passage of the British Commissioners' report that was quoted to Parliament by Sir John Thompson as the reason for abolishing the use of the word "felony" throughout the *Code*, no other particular reasons being offered for its being abolished in s. 227(*d*) (now s. 212(*c*)).

Some have suggested that the meaning of "unlawful object" should be determined in the light of the following passage of what the Commissioners said in their Report:

> For practical purposes we can make no distinction between a man who shoots another through the head expressly meaning to kill him, a man who strikes another a violent blow with a sword, careless whether he dies of it or not, and a man who, intending for some object of his own, to stop the passage of a railway train, contrives an explosion of gunpowder or dynamite under the engine, hoping indeed that death may not be caused, but determined to effect his purpose whether it is so caused or not.

(This passage can be found in Crankshaw's first edition of 1894, *Criminal Code of Canada*, at p. 140.) Some might find in that passage of the report an indication that the Commissioners intended to include, as being an unlawful object for their proposed murder section, endeavours such as those that would qualify as unlawful when considering conspiracy for an unlawful purpose (s. 423(2)) (those words have been recently interpreted in *Gralewicz et al. v. The Queen*[10], where a majority of this Court decided that "unlawful purpose" means contrary to law, that is prohibited by federal or provincial legislation), or, if not to that extent, at least as an indication that the unlawful conduct need not be a crime.

This, I submit, would be overlooking the fact that in 1878 unlawfully obstructing a railway train was very serious, was punishable by two years at hard labour, and, if done maliciously (*i.e.* an act done mischievously, with an intention to obstruct

[10] [1980] 2 S.C.R. 493.

caution, le fait d'être exposé à être arrêté sans mandat et, dans une certaine mesure, le droit du tribunal d'ordonner le paiement du coût de la poursuite varient d'une façon également arbitraire et déraisonnable.

C'est précisément ce passage du rapport des commissaires britanniques que sir John Thompson a cité à la Chambre comme motif pour écarter l'emploi du mot «*felony*» dans tout le *Code*, aucune autre raison particulière de ne pas l'employer dans l'al. 227*d*) (maintenant devenu l'al. 212*c*)) n'ayant été avancée.

On a soutenu que le sens de «fin illégale» devrait être fixé à la lumière du passage suivant du rapport des commissaires:

> [TRADUCTION] En pratique, nous ne pouvons faire de distinction entre celui qui tire quelqu'un d'autre à la tête avec l'intention expresse de le tuer, celui qui donne à un autre un violent coup d'épée, sans se soucier qu'il en meure ou non et celui qui, dans l'intention, pour une fin quelconque, d'arrêter un train, provoque une explosion de poudre ou de dynamite sous la locomotive, en espérant bien qu'il n'en résultera pas de décès, mais tout en étant déterminé à poursuivre son dessein qu'il en résulte un décès ou non.

(On retrouve ce passage dans la première édition de 1894 du *Criminal Code of Canada* de Crankshaw, à la p. 140.) Il y en a qui voient dans ce passage du rapport l'indication que les commissaires ont voulu comprendre, comme fin illégale pour l'article proposé sur le meurtre, des agissements tels que ceux qui seraient considérés comme illicites dans le contexte du complot d'accomplir un dessein illicite (par. 423(2)) (cette expression a été interprétée dans l'arrêt *Gralewicz et autres c. La Reine*[10], et cette Cour y statue, à la majorité, que «dessein illicite» signifie contraire à la loi, c.-à-d. interdit par une loi fédérale ou provinciale); d'autres, sans aller aussi loin, y voient néanmoins une indication qu'il n'est pas essentiel que la conduite illégale soit un acte criminel.

A mon avis, conclure ainsi ne tient pas compte du fait qu'en 1878 empêcher illégalement le passage d'un train était très grave, était punissable de deux ans de travaux forcés, et que si c'était fait de façon malicieuse (quoique fait sans intention de

[10] [1980] 2 R.C.S. 493.

but without the intention of causing injury, could be malicious—see *R. v. Upton and Gutteridge*[11]) was then a felony punishable by life imprisonment. (See ss. 35 and 36 of *Malicious Damage Act*, 1861 (U.K.), c. 97.)

If not much can be concluded one way or the other from that reference to railway trains, a great deal more may from the fact that throughout their Report no reference was made by the Commissioners to any sweeping reform of constructive murder such as that resulting from a departure from the requirement of a felonious endeavour to infer malice aforethought to the mere requirement of any unlawfulness, as petty as it may be. Their concern, as the quoted excerpt of their Report indicates, was mainly with doing away with what had become an irrelevant distinction between felonies and misdemeanours, and with the use of the words "malice aforethought"; but it would be, I suggest, unreasonable to conclude from this change of labels that they intended doing away with the need for "malice" itself and that, as a result, a verdict of murder be possible in the absence of "wickedness" or "heinous" conduct on the part of the accused. (See Kenny's *Outlines of Criminal Law*, 1902, at p. 132.)

The requirement for some malice, wickedness or heinous conduct should logically lead to the conclusion that the unlawful object contemplated by Parliament in s. 212(*c*) is that which is a "*malum in se*" as distinct from "*malum prohibitum*". But what would be logical is unfortunately impractical. Indeed, whilst Parliament does consider whether conduct is "*malum in se*" or not in order to determine whether it should be repressed through and to what degree by the criminal law or otherwise, Parliament has chosen not to label offences in that way. As a result identifying unlawful conduct of s. 212(*c*) by resorting to that criterion would require difficult moral judgments and import into the criminal justice system, at least for

[11] (1851), 5 Cox C.C. 298.

causer des blessures, il suffisait qu'un acte fût fait méchamment et dans l'intention de nuire pour qu'il soit considéré comme fait de façon malicieuse—voir *R. v. Upton and Gutteridge*[11]) c'était alors un «*felony*» punissable de l'emprisonnement à perpétuité. (Voir les art. 35 et 36 du *Malicious Damage Act* de 1861 (U.K.), chap. 97.)

Si cette mention des trains par les commissaires est peu concluante dans un sens ou dans l'autre, beaucoup plus instructive est l'absence dans leur rapport de toute mention d'une réforme profonde de la notion du meurtre par imputation légale que constituerait le fait de ne plus exiger la commission d'un «*felony*» avant de présumer la malice intentionnelle, et de se contenter désormais de n'importe quelle illégalité, si minime soit-elle. Leur souci a surtout été, comme l'indique l'extrait cité de leur rapport, d'éliminer une distinction qui ne se justifiait plus entre ceux des actes criminels qui étaient des «*felonies*» et les autres, des «*misdemeanours*», et d'éliminer l'expression «malice intentionnelle». Il serait cependant déraisonnable, à mon sens, de conclure, à partir de ce changement de nomenclature, à une volonté de leur part d'écarter l'exigence de la «malice» elle-même et que, par conséquent, il soit possible d'obtenir un verdict de meurtre en l'absence de «malice» ou de comportement «odieux» de la part de l'accusé. (Voir *Outlines of Criminal Law* de Kenny, 1902, à la p. 132.)

Ce prérequis d'une conduite odieuse, d'une certaine malice, de méchanceté dans le comportement, devrait logiquement amener à conclure que la «fin illégale» prévue par le Législateur à l'al. 212*c*) en est une qui est «*malum in se*» et non seulement «*malum prohibitum*». Cependant ce qui serait logique donnerait malheureusement des résultats indésirables sur le plan pratique. Même si le Législateur tient compte du fait qu'un comportement est «*malum in se*» ou non pour décider s'il doit le réprimer par le droit pénal et dans quelle mesure il doit le faire, il a choisi de ne pas classifier les infractions de cette façon. En conséquence se servir de ce critère pour déterminer ce qui est une fin illégale au sens de l'al. 212*c*)

[11] (1851), 5 Cox C.C. 298.

some time, unpredictability that should, whenever possible, be avoided.

Under the circumstances, I think it not unreasonable to recognize that the intent of Parliament in s. 212(*c*) is best respected by circumscribing the words "unlawful object" when used in that murder section as meaning the object of conduct which, if prosecuted fully, would amount to a serious crime, that is an indictable offence requiring *mens rea.*

Applying this interpretation of s. 212(*c*) to the present case, the jury had to be told that, if they believed beyond a reasonable doubt that the accused intended to damage the food and furniture, such an object was an unlawful object; indeed, the fact that Mrs. Gilchrist was sharing in the cost of the furniture is not contested and as a result the wilful destruction, damaging, obstruction, interference with that property is mischief, an indictable *mens rea* offence. As for the dangerous act, it would have been sufficient that they be told that it could be the resorting to the use of fire as a means of prosecuting the unlawful object (the destruction of the furniture), without any need to refer to the fact that setting the fire under those circumstances was also in itself an unlawful act.

The trial judge by telling the jury that the destruction of the property that was in the house could be such an unlawful object was not, in view of the circumstances of this case, misdirecting them. The fact that he added "seeking revenge" not as an alternative but in addition to the destruction of property was a misdirection favourable to the accused and cannot be relied on by him to ask for a new trial.

Let us now deal with the Crown's grounds relating to drunkenness.

As I said earlier, the Court of Appeal for Ontario found misdirection in the trial judge's

exigerait de poser des jugements moraux difficiles et introduirait dans le système de justice pénale, pour un certain temps du moins, une incertitude qu'il est préférable d'éviter dans la mesure du possible.

Tout compte fait, je crois que l'intention du Législateur serait mieux respectée si on limitait le sens de l'expression «fin illégale» lorsque employée à l'al. 212*c*) à une fin dont la réalisation constituerait la commission d'un crime grave, c'est-à-dire d'une infraction punissable par voie de mise en accusation et qui requiert la *mens rea.*

Pour appliquer cette interprétation de l'al. 212*c*) en l'espèce, il fallait dire aux membres du jury que, s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait eu l'intention de gaspiller la nourriture et d'abîmer le mobilier, une telle fin était une fin illégale au sens de l'al. 212*c*); en effet, personne n'ayant mis en doute que M^me^ Gilchrist avait partagé le coût du mobilier, il en résulte que la destruction délibérée de ces biens, leur endommagement et l'entrave à la jouissance de ceux-ci constituaient un méfait, une infraction punissable par voie de mise en accusation et qui exige la *mens rea.* Quant à l'acte dangereux, il aurait suffi de leur dire que ce pouvait être le recours à l'incendie comme moyen de réaliser la fin illégale (la destruction du mobilier), sans qu'il soit nécessaire de mentionner que le fait d'allumer un incendie dans ces circonstances était aussi en soi un acte illégal.

En disant au jury que la destruction des biens qui se trouvaient dans la maison pouvait être une telle fin illégale, le juge du procès n'a pas, vu les circonstances de l'espèce, donné une directive erronée. Le fait qu'il ait ajouté «chercher à se venger» comme une exigence supplémentaire plutôt que subsidiaire à la destruction de biens constitue une directive erronée favorable à l'accusé et celui-ci ne peut l'invoquer pour demander la tenue d'un nouveau procès.

Examinons maintenant les moyens d'appel de Sa Majesté relatifs à l'ivresse.

Je l'ai déjà dit, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le juge du procès avait donné au jury

charge to the jury as regards drunkenness in that he

1. did not relate drunkenness to the issue of the accused's knowledge of the surrounding circumstances at the time he did the act in furtherance of the unlawful object; . . .
2. did not charge the jury with respect to the onus and degree of proof as to the defence of drunkenness.

Appellant says that the Court of Appeal for Ontario erred in so finding.

We need not deal at any length with the latter of those grounds. The judge had charged the jury and then recharged them at counsel's request. Appellant is not suggesting that the judge adequately charged the jury as to drunkenness in the course of the second charge, but argues that the judge having adequately done so in the course of the main charge, his omission in the course of the recharge did not constitute an error in law. As I have come to the conclusion that a new trial should be ordered for other reasons, the question whether the judge's main charge to the jury was adequate or not as regards the onus and degree of proof as to the defence of drunkenness, and whether, assuming it were so, he needed or not under the particular circumstances of this case to repeat those instructions to the jury, need not be decided. I think it sufficient to say that, considering my conclusion as to the other ground and assuming that the evidence adduced at that new trial remains substantially the same, the requirement for proper instructions as regards the onus and degree of proof* as to the defence of drunkenness would be met by, using the words of the Ontario Court of Appeal, telling the jury that:

. . . if at the end of all of the evidence they had a reasonable doubt as to whether the appellant by reason of his consumption of alcohol had the intention to carry out the unlawful object or had the knowledge of the circumstances which would make his act such that it was likely to cause death, then he was not guilty of murder but guilty of manslaughter.

* The trial judge's charge as it related to the nature of the evidence of drunkenness a jury may and should consider when determining intent is not in issue in this case.

des directives erronées à propos de l'ivresse en ce qu'il

[TRADUCTION]

1. n'a pas fait le lien entre la défense d'ivresse et la connaissance qu'avait l'accusé des circonstances qui prévalaient au moment où il a accompli l'acte posé en vue de réaliser la fin illégale; . . .
2. n'a pas donné de directive au jury quant au fardeau et au degré de preuve relatifs à la défense d'ivresse.

L'appelante soutient que la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en concluant de la sorte.

Nous n'avons pas à nous arrêter au dernier de ces moyens. Le juge a fait son exposé au jury et a plus tard ajouté un autre exposé à la demande de l'avocat. L'appelante ne soutient pas que le juge a donné des directives adéquates quant à l'ivresse au cours du second exposé, mais elle affirme que, puisque le juge l'avait fait de façon adéquate dans son exposé principal, l'omission que comporte le second exposé ne constitue pas une erreur en droit. Puisque j'ai conclu qu'il faut ordonner un nouveau procès pour d'autres motifs, il n'est pas nécessaire de statuer sur les questions de savoir si l'exposé principal du juge au jury était suffisant ou non quant au fardeau et au degré de preuve relatifs à la défense d'ivresse et si, en supposant qu'il l'ait été, il lui fallait, dans les circonstances particulières de l'espèce, répéter ces directives au jury. Je crois qu'il suffit de dire que, étant donné mes conclusions sur le premier moyen et en tenant pour acquis que la preuve qui sera soumise au nouveau procès sera substantiellement la même, ce serait donner des directives adéquates au jury quant au fardeau et au degré de preuve* relatifs à la défense d'ivresse, que de lui dire, pour reprendre les termes employés par la Cour d'appel de l'Ontario, que:

[TRADUCTION] . . . si, après la présentation de toute la preuve, ils avaient un doute raisonnable quant à savoir si l'appelant avait eu, à cause de sa consommation d'alcool, l'intention de réaliser la fin illégale ou s'il avait connaissance des circonstances qui rendaient son acte de nature à causer la mort, il n'était pas coupable de meurtre mais coupable d'homicide involontaire.

* L'exposé du juge du procès, pour autant qu'il porte sur la nature de la preuve d'ivresse que le jury pouvait et devait considérer pour déterminer l'intention, n'est pas contesté en l'espèce.

Now, to consider the remaining ground of appeal. In the course of his charge, the judge, dealing with the words "knows or ought to know" of s. 212(*c*) told the jury the following:

... Now ought to know in this section is judged by the standard of whether a reasonable person with knowledge of the surrounding circumstances which make the situation dangerous to life should have foreseen that it was likely to cause death. What would a reasonable person, which is an ideal person in the community, not necessarily any one of us, but what we think that a reasonable, prudent, responsible person in our society, who knew the surrounding circumstances rendering the situation dangerous, what would they have foreseen. Would they have foreseen that it was likely to cause death .... [The underlining is mine.]

The judge then dealt with the issue of drunkenness in his charge and in his recharge:

... Now the theory of the defence is that the accused's evidence before you is the true version, that it was an accident, that he only meant to mark the rug and furniture, that he was provoked, and that by reason of shock and drunkenness he could not have the intent necessary for his conviction for murder—intent or knowledge necessary for his conviction of murder ....

. . .

Now so far as shock and drunkenness are concerned, they're not a defence, because drunk and shocked people are not at liberty to kill their fellow human beings; but they're only evidence from which you may infer that the accused did not have the necessary intent. If he did not, then what would otherwise be murder is manslaughter and if the deaths were caused—it is manslaughter if the deaths were caused by the accused's unlawful act.

Now the evidence as to drunkenness is only the number of drinks he had at the party. Gary Herlick, the bar tender, said it was approximately eight to nine. Mrs. Gilchrist said he had about four before he hit her and more after. Mrs. W. said he was not intoxicated at all. Mr. W. said he didn't think he was drunk. Herlick thought him sober, as did the police. You are to decide, was he drunk enough not to form the intent to kill or not to have an unlawful object. If you find he was that drunk or have a reasonable doubt of it, he can only be guilty of manslaughter, but I suggest that if you accept the evidence of the police officers you will have very

Examinons maintenant l'autre moyen d'appel. Dans son exposé, le juge dit ce qui suit quant à l'expression «sait ou devrait savoir» de l'al. 212*c*):

[TRADUCTION] ... On apprécie l'expression «devrait savoir» dans cet article en se demandant si une personne raisonnable qui connaissait les circonstances concomitantes qui rendaient la situation dangereuse pour la vie aurait dû prévoir que cette situation était de nature à causer la mort. Qu'est-ce qu'une personne raisonnable, c.-à-d. une personne idéale de la collectivité, pas nécessairement l'un d'entre nous, mais ce que nous considérons une personne raisonnable, prudente et responsable dans notre société, qui aurait connu les circonstances concomitantes qui rendaient la situation dangereuse, qu'aurait-elle prévu? Aurait-elle prévu que la situation était de nature à causer la mort. ... [C'est moi qui souligne.]

Le juge a ensuite abordé la question d'ivresse dans ses deux exposés:

[TRADUCTION] ... la défense soutient que la déposition que l'accusé a faite devant vous est la véritable version, que c'est un accident, qu'il a seulement voulu abîmer le tapis et les meubles, qu'il a été provoqué et qu'à cause du choc et de l'ivresse il ne peut avoir eu l'intention nécessaire à une déclaration de culpabilité de meurtre—l'intention ou la connaissance nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable de meurtre ....

. . .

Pour ce qui est du choc et de l'ivresse, ce ne sont pas des défenses parce que les gens en état d'ivresse et de choc n'ont pas le droit de tuer leurs semblables; ce sont seulement des éléments de preuve dont vous pouvez conclure que l'accusé n'avait pas l'intention nécessaire. S'il ne l'avait pas, ce qui autrement serait un meurtre est un homicide involontaire coupable s'il en est résulté des décès—c'est un homicide involontaire coupable si les décès ont été causés par l'acte illégal de l'accusé.

La preuve concernant l'ivresse ne porte que sur le nombre de consommations qu'il a prises à la réception. Gary Herlick, le barman, a dit qu'il en a pris environ huit ou neuf. M^me^ Gilchrist a dit qu'il en a pris à peu près quatre avant de la frapper et d'autres ensuite. M^me^ W. a témoigné qu'il n'était pas ivre du tout. M. W. a témoigné qu'il ne le croyait pas ivre. Herlick l'a jugé sobre tout comme les policiers l'ont fait. C'est à vous de décider, était-il assez ivre pour ne pas avoir l'intention de tuer ou pour ne pas viser une fin illégale. Si vous concluez qu'il était ivre à ce point ou si vous avez un doute raisonnable à ce sujet, il ne peut être coupable que

little doubt as to the degree of sobriety, but it is for you alone to decide.

. . .

Now with regard to drunkenness, I think I should read to you a proposition of law that—I hesitate to say that it explains more clearly what I was trying to say to you, but it explains in other language what I was trying to say to you, the evidence, that evidence of drunkenness falling short of incapacity in the accused to form the intent necessary to constitute the crime and merely establishing that his mind was so affected by drink so that he more readily gave way to some violent passion does not displace or weaken an inference already drawn that he intended the natural consequences of his acts. And my interpretation of that is that it is only, if you find he was drunk on the evidence that is before you, that only affects his criminal liability if you find that he was so incapable that he could not form the intent necessary to constitute the crime. And if you do find that he was drunk, then he is guilty of manslaughter rather than murder. That's all then, if you will return to your jury room. [The underlining is mine.]

The fact that the judge did not relate drunkenness to the accused's knowledge of the surrounding circumstances is not in dispute. Though he recognized, rightly so in my opinion, the prerequisite that the reasonable man have knowledge of the surrounding circumstances, a careful reading of his charge leaves it unclear whether he was telling the jury that the behaviour of the accused had to be measured by that of "the reasonable man" in the light of the accused's "knowledge of the surrounding circumstances" or in the light of the knowledge a reasonable man would have had of those circumstances. Be that as it may, it is clear that the judge limited the relevancy of drunkenness to "the intent to kill" and to that of having "an unlawful object".

Whether the trial judge was or was not in error in failing to relate drunkenness to the accused's knowledge of the surrounding circumstances is dependent upon whether the test under s. 212(*c*) is, given the circumstances of the case at bar, one or the other of the following:

d'homicide involontaire, mais je vous fais observer cependant que si vous croyez les témoignages des agents de police vous aurez très peu de doute à propos de son état de sobriété, mais il vous appartient, à vous seuls, d'en décider.

. . .

Pour ce qui est de l'ivresse, je crois que je devrais vous lire un énoncé du droit qui, j'hésiterais à dire qu'il explique plus clairement ce que j'ai essayé de vous dire, mais il explique en d'autres mots ce que je voulais vous dire, la preuve, si elle n'établit pas l'incapacité de l'accusé d'avoir l'intention requise pour constituer le crime, mais démontre seulement que l'alcool a affecté sa volonté au point de plus facilement céder à une violente passion, la preuve d'ivresse n'écarte ni n'infirme la présomption déjà formulée qu'il a voulu les conséquences naturelles de ses actes. Selon mon interprétation de cet énoncé, c'est seulement, si vous trouvez qu'il était ivre d'après la preuve qui vous a été soumise, sa responsabilité criminelle est réduite seulement si vous trouvez qu'il était incapable au point qu'il ne pouvait pas former l'intention requise pour constituer le crime. Et si vous concluez qu'il était ivre, alors il est coupable d'homicide involontaire plutôt que de meurtre. C'est tout pour l'instant, veuillez retourner dans la salle de délibération. [C'est moi qui souligne.]

On ne conteste pas que le juge n'a pas fait le lien entre l'ivresse et la connaissance qu'avait l'accusé des circonstances concomitantes. Même s'il a signalé, avec raison selon moi, la condition préalable selon laquelle il faut que la personne raisonnable ait connaissance des circonstances concomitantes, la lecture attentive de ses directives n'indique pas clairement s'il disait au jury qu'il fallait juger la conduite de l'accusé en regard de celle «d'une personne raisonnable» à la lumière de la connaissance qu'avait l'accusé des «circonstances concomitantes» ou à la lumière de la connaissance qu'en aurait eue une personne raisonnable. Quoi qu'il en soit, il est évident que le juge a limité la pertinence de l'ivresse à «l'intention de tuer» et à celle de viser une «fin illégale».

La question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en omettant de faire le lien entre l'ivresse et la connaissance qu'avait l'accusé des circonstances concomitantes dépend duquel des deux critères ci-après, étant donné les circonstances de l'espèce, s'applique en vertu de l'al. 212*c*):

did the accused know of the children's presence upstairs and if so, would a reasonable man have known that setting fire was likely to cause their death

or

would a reasonable man (*i.e.* given the circumstances of this case, a sober man) have known that the children were upstairs and, if so, would he have known that setting the fire was likely to cause their death.

It is clear that, whilst drunkenness of the accused is of no relevance under the latter interpretation of s. 212(*c*), it is under the former.

A mere reading of s. 212(*c*) is of little help in determining whether Parliament intended, once a person is prosecuting an unlawful object, that all of that person's behaviour be measured by a purely objective standard or whether that objective standard be restricted to measuring, when considering murder, his morality in relation to a factual situation of which he is conscious. Faced with the problem in the case at bar, the Court of Appeal for Ontario followed one of its previous decisions, that in the case of *R. v. Tennant and Naccarato, supra.*

In that case that Court had this to say (at pp. 90-91):

Where the provisions of s. 212(*c*) are applicable, the words "ought to know" impose liability for murder where death is unlawfully caused by conduct which a reasonable person, with knowledge of the surrounding circumstances which make such conduct dangerous to life, should have foreseen was likely to cause death.

. . .

... We have already pointed out, however, that even under s. 212(*c*), the offender's liability for murder depends upon his knowledge of the surrounding circumstances which make the conduct in question dangerous to life, for example, his knowledge that a pistol which he is brandishing is loaded, or his knowledge of the presence or probable presence of persons in a house to which he sets fire. (Holmes, *The Common Law*, pp. 52-7; *Molleur v. The King* (1948), 93 C.C.C. 36, 6 C.R. 375, (1948) Que. K.B. 406*n.*)

Where liability is imposed on a subjective basis, what a reasonable man ought to have anticipated is merely evidence from which a conclusion may be drawn that

l'accusé savait-il que les enfants étaient à l'étage supérieur et, s'il le savait, une personne raisonnable aurait-elle su qu'allumer un incendie était de nature à causer leur mort

ou

une personne raisonnable (c.-à-d. dans les circonstances de l'espèce, une personne sobre) aurait-elle su que les enfants étaient à l'étage supérieur et, si elle l'avait su, aurait-elle su qu'allumer un incendie était de nature à causer leur mort.

Il est clair que l'ivresse de l'accusé n'est pas pertinente en vertu de la seconde interprétation de l'al. 212*c*), et qu'elle l'est en vertu de la première.

La simple lecture de l'al. 212*c*) ne permet pas de déceler si le Législateur a voulu que, pour le cas d'une personne poursuivant une fin illégale, toute la conduite de cette personne soit appréciée par rapport à un critère purement objectif ou si ce critère objectif se limite, dans le cas d'un meurtre, à apprécier la responsabilité de la personne en regard des faits dont elle est consciente. Devant ce problème, en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a suivi un de ses arrêts antérieurs, *R. v. Tennant and Naccarato*, précité.

Voici ce que la cour dit dans cet arrêt (aux pp. 90 et 91):

[TRADUCTION] Lorsque les dispositions de l'al. 212*c*) sont applicables, les mots «devrait savoir» emportent responsabilité de meurtre quand la mort résulte illégalement de la conduite qu'une personne raisonnable, ayant connaissance des circonstances concomitantes qui rendent cette conduite dangereuse pour la vie, aurait prévue être de nature à causer la mort.

. . .

Nous avons déjà signalé, cependant, que même en vertu de l'al. 212*c*), la responsabilité de meurtre de l'accusé dépend de la connaissance qu'il a des circonstances concomitantes qui rendent la conduite visée dangereuse pour la vie, par exemple, le fait de savoir que le pistolet qu'il brandit est chargé ou le fait de savoir qu'il y a certainement ou probablement quelqu'un dans la maison à laquelle il met le feu. (Holmes, *The Common Law*, aux pp. 52 à 57; *Molleur c. Le Roi* (1948), 93 C.C.C. 36, 6 C.R. 375, (1948) B.R. Qué. 406*n.*)

Si la responsabilité repose sur un critère subjectif, ce qu'une personne raisonnable aurait dû prévoir est simplement un élément de preuve à partir duquel on peut

the accused anticipated the same consequences. On the other hand, where the test is objective, what a reasonable man should have anticipated constitutes the basis of liability.

The distinction between the imposition of liability on an objective basis rather than on a subjective basis assumes particular importance under s. 212(*c*), where the accused by reason of intoxication or even stupidity did not in fact foresee the likelihood that his conduct would cause death.

If the accused had the capacity to form the intent necessary for the unlawful object and had knowledge of the relevant facts which made his conduct such as to be likely to cause death, he is guilty of murder if a reasonable man should have anticipated that such conduct was likely to cause death. What the accused ought to have foreseen is judged under s. 212(*c*) by the standard of the reasonable man.

It follows that the defence of drunkenness is only relevant under s. 212(*c*) in relation to whether the accused had the intent necessary to constitute the unlawful purpose alleged and had knowledge of the relevant circumstances . . . .

Holmes J. in *The Common Law*, 1881, defined "foresight of consequences" as being (at pp. 45 and 47):

. . . a picture of a future state of things called up by knowledge of the present state of things, the future being viewed as standing to the present in the relation of effect to cause. Again, we must seek a reduction to lower terms. If the known present state of things is such that the act done will very certainly cause death, and the probability is a matter of common knowledge, one who does the act, knowing the present state of things, is guilty of murder, and the law will not inquire whether he did actually foresee the consequences or not. The test of foresight is not what this very criminal foresaw, but what a man of reasonable prudence would have foreseen . . . .

. . .

But furthermore, on the same principle, the danger which in fact exists under the known circumstances ought to be of a class which a man of reasonable prudence could foresee. Ignorance of a fact and inability to foresee a consequence have the same effect on blameworthiness. If a consequence cannot be foreseen, it cannot be avoided. But there is this practical difference, that whereas, in most cases, the question of knowledge is a question of the actual condition of the defendant's consciousness, the question of what he might have foreconclure que l'accusé a prévu les mêmes conséquences. D'autre part, si le critère est objectif, ce qu'une personne raisonnable aurait prévu constitue le fondement de la responsabilité.

La différence entre l'imputation de responsabilité selon un critère objectif plutôt que selon un critère subjectif revêt une importance particulière dans les cas visés par l'al. 212*c*) où l'accusé, à cause de l'ébriété ou simplement par stupidité n'a effectivement pas prévu que sa conduite était de nature à causer la mort.

Si l'accusé avait la capacité de former l'intention nécessaire à la fin illégale et avait conscience des faits pertinents qui rendaient sa conduite de nature à causer la mort, il est coupable de meurtre lorsqu'une personne raisonnable aurait prévu que la même conduite était de nature à causer la mort. Ce que l'accusé aurait dû prévoir se juge en vertu de l'al. 212*c*) selon le critère de la personne raisonnable.

Il s'ensuit que la défense d'ivresse n'est pertinente sous l'al. 212*c*) que pour déterminer si l'accusé avait l'intention nécessaire pour constituer la fin illégale et avait connaissance des circonstances pertinentes . . . .

Le juge Holmes dans *The Common Law*, 1881, a défini [TRADUCTION] «prévision des conséquences» comme (aux pp. 45 et 47):

[TRADUCTION] . . . une vision de l'état futur des choses déterminée par la connaissance de l'état actuel des choses, les choses futures étant perçues par rapport aux choses présentes dans la relation de cause à effet. Nous devons encore chercher à réduire en termes plus simples. Si l'état actuel connu des choses est tel que l'acte causera très certainement la mort et que la probabilité soit une question de connaissance générale, celui qui accomplit l'acte, connaissant l'état actuel des choses, est coupable de meurtre, et la loi ne cherchera pas à savoir s'il a effectivement prévu les conséquences ou non. Le critère n'est pas ce que le criminel a lui-même prévu, mais ce qu'une personne raisonnablement prudente aurait prévu . . . .

. . .

Et en plus, en vertu du même principe, le danger qui existe en réalité dans des circonstances connues doit être de la catégorie de ceux qu'une personne raisonnablement prudente pourrait prévoir. L'ignorance d'un fait et l'incapacité d'en prévoir la conséquence ont le même effet sur la responsabilité. Une conséquence qui est imprévisible est inévitable. Il y a cependant une différence pratique, c'est que tandis que dans la plupart des cas la question de connaissance dépend de l'état réel de conscience de l'accusé, la question de ce qu'il a pu

seen is determined by the standard of the prudent man, that is, by general experience. [The underlining is mine.]

With this, and with what the Court of Appeal for Ontario said, I agree. *

Faced with a text that lends itself to two interpretations one must search for Parliament's intent at the time of its enactment. I take the liberty of repeating that this text is that of a murder section, essentially a crime of intent, of malice aforethought, the result of "wickedness" and "heinous conduct" (Kenny's *Outlines of Criminal Law*—*supra*). In deciding what would be the more appropriate of the two possible interpretations this I think should be borne in mind. To interpret the section of the *Code* as is suggested by the Crown could result in a conviction for murder of him whose sole malice would be that of the "unlawful object" coupled to that of getting drunk.

When s. 212(*c*) includes amongst the guilty even one who "desires to effect his object without causing death or bodily harm to any human being", reference is being made to one who consciously takes a chance with the life of others by choosing a dangerous means to an unlawful end; but Parliament could not, in my opinion, have intended to include one who could not even realize he was taking such a chance with the life of others because he could not, given his ignorance of the surrounding circumstances, even foresee the dangerousness of those means.

Appellant has argued that the question was decided by this Court in two cases: *R. v. Hughes*, *supra*, and *Graves v. The King*, *supra*.

* In this case as in *R. v. Tennant and Naccarato* (*supra*) the judge's instructions to the jury as regards the nature of the evidence of drunkenness a jury may and should consider when determining intent is not in issue. However, in view of the wording used by the Court of Appeal for Ontario in *Tennant and Naccarato* (*i.e.* "if the accused had the capacity to form the intent necessary for the unlawful object and had the knowledge of the relevant facts . . . ") I should like to mention that my agreement with the reasoning of that Court as to the relevancy of drunkenness need not and for that reason does not, for the purpose of disposing of this appeal, include an endorsement of the proposition that it is sufficient that the accused have "the capacity to form the intent . . . ".

prévoir se juge selon le critère de la personne prudente, c'est-à-dire, par l'expérience générale. [C'est moi qui souligne.]

Je suis d'accord avec cette proposition et ce qu'a dit la Cour d'appel de l'Ontario. *

En présence d'un texte qui se prête à deux interprétations, il faut rechercher l'intention qu'a eue le Législateur au moment où il l'a adopté. Je me permets de répéter que ce texte est celui d'un article qui porte sur le meurtre, par essence un crime d'intention, de malice intentionnelle, la conséquence de la méchanceté et d'un comportement odieux (*Outlines of Criminal Law* de Kenny, précité). Pour décider laquelle des deux interprétations est la plus appropriée, il faut, je crois, se le rappeler. Interpréter l'article du *Code criminel* comme la poursuite le suggère pourrait faire déclarer coupable de meurtre quelqu'un dont la seule malice pourrait être celle d'avoir visé une «fin illégale» jointe au fait de s'être enivré.

Lorsque l'al. 212*c*) range au nombre des coupables même celui qui «désire atteindre son but sans causer la mort ou une lésion corporelle à qui que ce soit», il vise celui qui consciemment risque la vie d'autrui en choisissant un moyen dangereux pour réaliser une fin illégale; le Législateur ne peut, à mon avis, avoir voulu viser celui qui ne pouvait pas se rendre compte qu'il prenait un tel risque parce qu'il ne pouvait pas, à cause de son ignorance des circonstances concomitantes, même prévoir le caractère dangereux de ces moyens.

L'appelante a soutenu que cette Cour a déjà tranché cette question dans deux arrêts: *R. c. Hughes* et *Graves c. Le Roi*, précités.

* En l'espèce, comme dans l'affaire *R. v. Tennant and Naccarato* (précitée) les directives du juge au jury quant à la nature de la preuve d'ivresse que le jury peut et doit examiner pour déterminer l'intention ne sont pas contestées. Toutefois à cause de l'expression employée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Tennant and Naccarato* (soit: «si l'accusé avait la capacité de former l'intention nécessaire à cette fin illégale et avait conscience des faits pertinents . . .») je dois souligner qu'il n'est pas nécessaire, pour décider du présent pourvoi, que mon concours au raisonnement de la Cour quant à la pertinence de l'ivresse s'étende, ce qu'il ne fait pas, à accepter la proposition qu'il suffit que l'accusé ait eu «la capacité de former l'intention . . .».

Hughes was convicted of the murder of someone he shot in the course of a hold up. The shooting took place either during or immediately after a struggle between Hughes and his victim, one Yoshyuki Uno. The majority of the Court of Appeal for British Columbia had held that it was open to the jury to bring in a verdict of manslaughter if they found that the gun went off by accident. On an appeal by the Crown to this Court, Sir Lyman P. Duff C.J.C. speaking for the Court said (at p. 522):

I think I ought to say now, in the clearest terms, that, in my opinion, even if the jury thought the pistol went off by accident (or were not satisfied that it did not go off in that manner) they might still have properly found a verdict of murder under these sections if they were satisfied that the conduct of the accused was such that he ought to have known it to be likely to induce such a struggle as that which actually occurred, and that somebody's death was likely to be caused thereby and that such was the actual effect of his conduct and of the struggle.

[In] his judgment, delivered on behalf of the majority of the Court, in *Graves v. The King*, [(1913), 9 D.L.R. 589 at p. 597, 21 Can. C.C. 44 at p. 55, 47 S.C.R. 568 at p. 583] Anglin J. (as he then was) says: —"For the purposes of this appeal I assume that under this provision it was not necessary, in order to bring the charge of culpable homicide within it, that the jury should have found that the acts of the defendants were such as they knew or should have known were likely to cause the very acts to be done or the precise situation to arise which in fact resulted in the homicide, or to cause the death of the person who was killed, but that it would suffice if the jury had found that the accused did an act which they knew or should have known would be likely to induce the doing of anything or to bring about any situation likely to cause the death of some person—the person killed or any other person."

I think this passage ought to be accepted as stating the law as it is, not merely as it is assumed to be. To repeat, I think the act of Yoshyuki in attempting to disarm Hughes and the ensuing struggle were so clearly the natural and ordinary consequences of Hughes' conduct that the jury might well, as reasonable men, have inferred that Hughes ought to have anticipated some

Hughes a été déclaré coupable du meurtre de quelqu'un qu'il a tiré au cours d'un vol à main armée. Le coup de feu s'est produit soit pendant soit immédiatement après un corps à corps de Hughes et de sa victime, un nommé Yoshyuki Uno. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, à la majorité, exprimé l'avis que le jury pouvait rendre un verdict d'homicide involontaire coupable s'il était convaincu que l'arme s'était déchargée accidentellement. Lors du pourvoi de la poursuite en cette Cour, sir Lyman P. Duff, juge en chef du Canada, dit ce qui suit au nom de la Cour (à la p. 522):

[TRADUCTION] Je crois que je dois dire à présent, le plus clairement possible, qu'à mon avis, même si les membres du jury ont cru que le pistolet s'est déchargé accidentellement (ou s'ils n'étaient pas convaincus que celui-ci ne s'était pas déchargé de cette manière) ils auraient pu à bon droit rendre un verdict de meurtre en vertu de ces articles s'ils étaient convaincus que le comportement de l'accusé avait été tel qu'il aurait dû le savoir de nature à provoquer un corps à corps comme celui qui s'est produit en réalité et qu'il était probable que la mort de quelqu'un en résulterait et que tel avait été le résultat réel de son comportement et du corps à corps.

Dans les motifs de jugement qu'il a rédigés pour la majorité de la Cour dans l'arrêt *Graves c. Le Roi*, [(1913), 9 D.L.R. 589, à la p. 597, 21 Can. C.C. 44 à la p. 55, 47 R.C.S. 568 à la p. 583] le juge Anglin (alors juge puîné) dit: —«Pour les fins du présent pourvoi, je prends pour acquis qu'en vertu de cette disposition, il n'était pas nécessaire, pour que l'accusation d'homicide coupable y soit visée, que le jury ait conclu que les actes des accusés ont été tels qu'ils savaient ou auraient dû savoir qu'ils étaient de nature à provoquer les actes mêmes ou la situation précise qui ont effectivement donné lieu à l'homicide, ou qu'ils étaient de nature à causer le décès de la victime, mais qu'il suffisait que le jury conclue que les accusés ont accompli un acte qu'ils savaient ou auraient dû savoir de nature à provoquer un acte ou une situation quelconque de nature à causer la mort de quelqu'un, la victime ou toute autre personne.»

Je crois qu'il faut considérer ce passage comme l'énoncé du droit tel qu'il est et non seulement comme une hypothèse de ce qu'il est. Encore une fois, je crois que le geste de Yoshyuki pour tenter de désarmer Hughes et le corps à corps qui a suivi étaient des conséquences si normales et naturelles du comportement de Hughes que les jurés ont pu justement conclure, en

such occurrence and the probable involuntary discharge of the pistol as a natural incident of the occurrence; . . .

I do not find in these comments any foreclosure to my interpretation of s. 212(*c*). Indeed, Hughes' gun was loaded, and there is no suggestion that he claimed he did not know it to be so. His knowledge of the surrounding circumstances which made his conduct dangerous to life, that is the use of a loaded gun, was not in issue in that case.

Appellant is on much better ground when relying on this Court's decision in *Graves*.

Fred, Alfred and Harry Graves trespassed on one Kenneth Lea's property, caused a disturbance, insulted Lea and twice did not heed his warnings to leave the premises. When Lea then appeared with a gun they rushed him. Lea in using his gun as a club to ward off his attackers accidentally shot himself and died shortly after.

There was evidence of their maltreating him after the discharge of his gun; this raised the issue whether his death was the result of the gun wound, the subsequent maltreatment or the cumulation of both. For the purpose of deciding the case at bar, this aspect of the *Graves* case is of no interest.

The trial judge had told the jury that if the accused were actuated by spite or ill will towards the victim they should as a result of necessity be found guilty of murder. This was evidently much too encompassing an interpretation of the murder sections. As the trial judge had not instructed the jury as to the applicability to the facts of the case of s. 259(*d*) (now s. 212(*c*)), Anglin J. speaking for the majority of the Court, having said what Sir Lyman P. Duff C.J.C. quoted in the *Hughes* case (*supra*), then went on to say (at p. 586):

The vital distinction—that, while, to sustain a charge of manslaughter, it would suffice that the acts of the accused, whatever their character, should in fact have

hommes raisonnables, que Hughes aurait dû prévoir un incident du genre et la décharge involontaire probable du pistolet comme une conséquence naturelle de l'incident; . . .

Je ne vois rien dans ces commentaires qui soit contraire à l'interprétation que je donne à l'al. 212*c*). En effet, l'arme de Hughes était chargée et rien ne laisse croire qu'il a prétendu ne pas savoir qu'elle l'était. Sa connaissance des circonstances concomitantes qui rendaient son comportement dangereux pour la vie, soit le fait de se servir d'une arme chargée, n'était pas en cause dans cette affaire-là.

L'appelante a un bien meilleur point quand elle invoque l'arrêt *Graves* de cette Cour.

Fred, Alfred et Harry Graves s'étaient introduits illicitement sur la propriété d'un nommé Kenneth Lea, avaient fait du tapage, insulté Lea et refusé deux fois d'obtempérer à ses exhortations de quitter les lieux. Quand Lea s'est présenté avec un fusil, ils se sont précipités sur lui. Lea, en se servant du fusil comme d'un gourdin pour éloigner ses agresseurs fut atteint du coup de feu déclenché accidentellement et mourut peu après.

Il a été prouvé qu'ils l'avaient maltraité après le déclenchement du coup de fusil; cela a soulevé la question de déterminer si son décès résultait des blessures du coup de fusil, des mauvais traitements subséquents ou de l'effet cumulatif des deux. Pour arriver à décider en l'espèce, cet aspect de l'affaire *Graves* n'a pas d'importance.

Le juge du procès avait dit au jury que si les accusés avaient agi par rancune ou malveillance envers la victime ils devaient nécessairement être déclarés coupables de meurtre. C'était là une interprétation beaucoup trop absolue des articles relatifs au meurtre. Puisque le juge du procès n'avait pas donné de directives au jury sur l'applicabilité de l'al. 259*d*) (aujourd'hui l'al. 212*c*)), le juge Anglin, au nom de la majorité de cette Cour, après avoir dit ce que le juge en chef du Canada sir Lyman P. Duff a cité dans l'arrêt *Hughes* (précité), poursuit (à la p. 586):

[TRADUCTION] La distinction essentielle, soit que tandis que pour justifier une accusation d'homicide involontaire coupable, il suffirait que les actes des accusés,

aroused in the mind of the deceased a fear of violence which induced him to do that which resulted in his death (section 252(2)), in order that that culpable homicide should amount to murder those acts of the accused must have been such that they knew or should have known that the death of some person would be likely to be caused by them (section 259(*d*))—was not brought to the attention of the jury. Whether the acts of the accused were of that character it was for the jury to determine; and the inference which they should draw would depend to a great extent upon whether in their opinion the accused knew or ought to have known that the gun in the hands of the deceased was loaded and whether they knew or should have known that their acts would be likely to lead to the deceased making some use of it which would be likely to cause death .... [The underlining is mine.]

quelle que soit leur nature, aient en réalité suscité dans l'esprit de la victime une crainte de violence qui l'a poussé à faire ce qui a causé sa mort (par. 252(2)), pour que cet homicide coupable soit un meurtre, ces actes des accusés doivent avoir été tels que ceux-ci savaient ou auraient dû savoir qu'ils étaient de nature à causer la mort de quelqu'un (al. 259*d*)), n'a pas été portée à l'attention du jury. Il appartenait aux jurés de déterminer si les actes des accusés étaient de cette nature; la conclusion qu'ils devaient tirer dépendait pour une bonne part de la question de savoir si, à leur avis, les accusés savaient ou auraient dû savoir que le fusil que la victime tenait était chargé et s'ils savaient ou auraient dû savoir que leurs actes étaient de nature à pousser la victime à s'en servir d'une façon qui était de nature à causer la mort .... [C'est moi qui souligne.]

This last passage of his opinion could be argued as suggesting that this Court decided in *Graves* that knowledge of the surrounding circumstances is to be determined by an application of the objective standard, and that, applying this finding to the present case, there would as a result be no place for considering drunkenness in appreciating that knowledge.

Ce dernier extrait de ses motifs peut être considéré comme une indication que cette Cour a statué dans l'arrêt *Graves* que la connaissance des circonstances concomitantes se juge par application d'un critère objectif et que, appliquée à l'espèce, cette conclusion ne laisse pas de possibilité de tenir compte de l'ivresse pour évaluer cette connaissance.

If that be the decision, then, with the greatest of deference, and after having given the matter very careful consideration, I would feel compelled not to follow that determination in *Graves*. Whilst it is impossible to know with any degree of certainty what opinion one would have advanced as correct had one had to deal with these questions at the time (1913) they were put to this Court, it is likewise and to the same extent impossible to know what the judges of this Court in the *Graves* case would today decide, offered the same opportunity to interpret s. 212(*c*). Indeed, over 65 years have since elapsed, and the law, specially the criminal law, and even more so the attitudes of all of those administering it, have greatly evolved. As an illustration one need but consider the concept of "technical guilt", which having over the years been gradually limited by a series of decisions was finally drastically so by this Court's decision in *R. v. City of Sault Ste. Marie*[12]; or again consider the

Si c'était là le sens de l'arrêt, en toute déférence, après avoir étudié la question très attentivement, je me verrais incapable de suivre cette conclusion de l'arrêt *Graves*. Autant il est impossible de savoir quelle solution nous aurions retenue comme la bonne si la question nous avait été soumise à l'époque (1913), autant il est impossible de savoir ce que les juges de la Cour dans l'affaire *Graves* décideraient aujourd'hui s'ils étaient appelés à interpréter l'al. 212*c*). Il s'est écoulé plus de 65 ans depuis et le droit, spécialement le droit pénal, et encore plus l'attitude de ceux qui l'administrent, ont beaucoup évolué. A titre d'exemple, il suffit de considérer le concept de «culpabilité technique» qui, après avoir été restreint peu à peu à diverses reprises, l'a finalement été de façon radicale dans l'arrêt de cette Cour *R. c. La ville de Sault Ste-Marie*[12], ou encore de considérer l'évolution de la défense de contrainte depuis la décision de cette Cour dans l'arrêt *Dunbar v. The King*[13]

[12] [1978] 2 S.C.R. 1299.

[12] [1978] 2 R.C.S. 1299.

[13] [1936] 4 D.L.R. 737.

evolution of the defense of duress from what this Court decided in *Dunbar v. The King*[13] to its ruling in *Paquette v. The Queen*[14].

For these reasons, I feel that the interpretation of s. 212(*c*) as it relates to drunkenness adopted by the Court of Appeal for Ontario in this case and in that of *R. v. Tennant and Naccarato* is much more in harmony with the current attitudes of this Court in relation to criminal liability than that adopted by this Court in *Graves*. The order of the Court of Appeal directing a new trial should stand.

I would summarize my conclusions as to the interpretation and application of para. 212(*c*), as follows:

(1) In a prosecution under that paragraph, the element of unlawfulness necessary to qualify a homicide as culpable under para. 205(5)(*a*) is that which is the result of the prosecution of the unlawful object by the act which is dangerous to life;

(2) There is therefore no requirement that the dangerous act be itself unlawful (though, because it is dangerous to life, it usually is);

(3) When, as in this case, the dangerous act is unlawful, the jury must be told, as the trial judge did, that there must be the prosecution of a further unlawful object clearly distinct from the immediate object of the dangerous (unlawful) act;

(4) The words "unlawful object" when used in paragraph 212(*c*) mean the object of conduct which, if prosecuted fully, would amount to a serious crime, that is an indictable offence requiring *mens rea*;

(5) Whilst the test under 212(*c*) is objective and the behaviour of the accused is to be measured by that of the reasonable man, such a test must nevertheless be applied having regard, not to the knowledge a reasonable man would have had of the surrounding circumstances that allegedly made the accused's conduct dangerous to life, but to the knowledge the accused had of those circumstances;

(6) As a result, drunkenness, though not relevant in the determination of what a reasonable man, with the knowledge the accused had of those circumstances, would have anticipated, is relevant in the determination

[13] [1936] 4 D.L.R. 737.
[14] [1977] 2 S.C.R. 189.

jusqu'à celle de l'arrêt *Paquette c. La Reine*[14].

Pour ces motifs, j'estime que l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario a donnée à l'al. 212*c*) dans la présente affaire et dans l'arrêt *R. v. Tennant and Naccarato*, pour autant qu'elle porte sur l'ivresse, est beaucoup plus conforme à l'attitude actuelle de cette Cour vis-à-vis de la responsabilité pénale que l'interprétation donnée par cette Cour dans l'arrêt *Graves*. L'ordonnance de la Cour d'appel selon laquelle il y aura un nouveau procès devrait à mon avis être confirmée.

Voici un résumé de mes conclusions quant à l'interprétation et à l'application de l'al. 212*c*):

(1) Dans une poursuite fondée sur cet alinéa, l'élément d'illégalité nécessaire pour qualifier un homicide de coupable en application de l'al. 205(5)*a*) est celui qui résulte de la poursuite d'une fin illégale au moyen d'un acte dangereux pour la vie;

(2) Il n'est donc pas nécessaire que l'acte dangereux soit lui-même illégal (bien qu'il le soit habituellement parce qu'il met la vie en danger);

(3) Lorsque, comme en l'espèce, l'acte dangereux est illégal, il faut dire au jury, comme le juge du procès l'a fait, qu'il doit y avoir poursuite d'une autre fin illégale, nettement distincte de la fin immédiate de l'acte dangereux (et illégal);

(4) Les mots «fin illégale» employés à l'al. 212*c*) signifient l'objet d'un comportement qui, s'il est poursuivi jusqu'au bout, constituerait un crime sérieux, soit une infraction punissable par voie de mise en accusation et qui requiert la *mens rea*;

(5) Bien que le critère applicable à l'al. 212*c*) soit objectif et que le comportement de l'accusé doive être apprécié par rapport à celui d'une personne raisonnable, il faut toutefois appliquer ce critère en tenant compte, non pas de la connaissance qu'une personne raisonnable aurait des circonstances concomitantes qui ont, selon l'accusation, rendu le comportement de l'accusé dangereux pour la vie, mais de la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances;

(6) En conséquence, bien que l'ivresse ne soit pas pertinente pour déterminer ce qu'une personne raisonnable, ayant la même connaissance que l'accusé de ces circonstances, aurait prévu, elle est pertinente pour déterminer

[14] [1977] 2 R.C.S. 189.

of the knowledge which the accused had of those circumstances.

One last matter must be dealt with.

In its reasons for judgment, the Court of Appeal for Ontario said:

> The Crown's case was put principally on the basis of s. 212(*c*) of the *Criminal Code*, although having charged the jury with respect to 212(*a*)(i) and (ii), the learned trial judge told them in his final remarks that the case really didn't belong under that section, but rather stood to be decided under s. 212(*c*). From what we have heard of the facts here, we agree with him.

About an hour and a half after the judge's recharge, the jury had asked the judge the following question:

> JURY FOREMAN: My Lord, would you please re-read the law, especially on Section (*c*)? ... And enlighten the jury as to the definition of that.

The judge told them:

> Now culpable homicide is causing the death of a human being by means of an unlawful act and this provides that, where the death of a human being has been caused by an unlawful act, which the crown says here was setting fire to the house, that if that were done for an unlawful object, which the crown says here is to seek revenge and to destroy property, then if the accused knows or ought to have known that it was likely to cause death and death is caused, then that is murder. [The underlining is mine.]

I agree with the Court of Appeal for Ontario that the judge more or less told them that the case stood to be decided under s. 212(*c*). One cannot, however, assume that the jury had in their deliberations set aside as non-applicable on the facts adduced ss. 212(*a*)(i) and (ii). All one can conclude from their question is that they were unclear as to the law, mainly under s. 212(*c*).

After a careful examination of the Appeal Case book, I am unable to say that there are no facts upon which it would necessarily be unreasonable for a jury to find guilt of murder under ss. 212(*a*) (i) or (ii).

la connaissance que l'accusé avait de ces circonstances.

Il reste un dernier point à étudier.

Dans ses motifs de jugement, la Cour d'appel de l'Ontario a dit:

> [TRADUCTION] La preuve de la poursuite se fonde principalement sur l'al. 212*c*) du *Code criminel* et, même après avoir fait son exposé au jury sur les sous-al. 212*a*)(i) et (ii), le juge du procès a dit au jury, dans ses observations finales, que l'affaire ne relevait pas de ces sous-alinéas, mais qu'elle dépendait de l'al. 212*c*). D'après ce que nous avons appris quant aux faits, nous sommes de son avis.

Environ une heure et demie après l'exposé supplémentaire, le jury posait la question suivante au juge:

> [TRADUCTION] LE CHEF DU JURY: Votre honneur, voudriez-vous réexpliquer le droit, spécialement quant à l'al. *c*)? ... Et éclairer le jury quant à la définition de cela.

Le juge a répondu:

> [TRADUCTION] L'homicide coupable consiste à causer la mort d'un être humain au moyen d'un acte illégal, et ceci signifie que, lorsque la mort d'un être humain est causée par un acte illégal, qui selon ce que dit la poursuite est ici le fait d'avoir mis le feu à la maison, que si cela a été fait pour une fin illégale, qui consisterait ici, d'après la poursuite, à chercher à se venger et à détruire des biens, alors, si l'accusé savait ou aurait dû savoir que c'était de nature à causer la mort et que la mort en est résultée, alors c'est un meurtre. [C'est moi qui souligne.]

Je suis du même avis que la Cour d'appel de l'Ontario que le juge leur a dit, plus ou moins, que l'affaire reposait sur l'application de l'al. 212*c*). On ne peut cependant pas supposer que, dans leurs délibérations, les jurés aient écarté, comme inapplicables, étant donné les faits apportés en preuve, les sous-al. 212*a*)(i) et (ii). Tout ce qu'on peut conclure de leur question c'est qu'ils étaient incertains quant au droit, spécialement quant à l'al. 212*c*).

Après avoir lu attentivement le dossier conjoint, je ne puis conclure à une absence totale de faits qui rendrait déraisonnable qu'un jury conclue à la culpabilité de meurtre en application des sous-al. 212*a*)(i) et (ii).

Respondent set fire to the premises upon returning from driving the babysitter home; Mrs. Gilchrist says that when she accused respondent when he returned to the party of having done something to her children, he remained silent. At the police station when he reported the fire, the police say that, when asked if there was anyone in the house, he told them: "Yes, Lorna, 6 years, and Allan 9 years." These facts are a matter for the jury to consider when assessing if he knew or not that the children were upstairs at the time of his alleged lighting of the fire and, if they find he did know, what intent he possessed at that time.

I would therefore not comment on the applicability of ss. 212(*a*)(i) or (ii) one way or the other. In any event the determination of what sections are to be left to the jury will be done by the trial judge as required by the facts adduced in evidence at that new trial.

I would dismiss this appeal.

BEETZ J.—In my opinion, the Court of Appeal for Ontario did not err in holding that the learned trial judge erred in not relating drunkenness to the question of whether the respondent had actual knowledge of the surrounding circumstances which made his conduct likely to cause death pursuant to s. 212(*c*) of the *Criminal Code*. In this respect, I agree with my brother Lamer's summarized conclusions (5) and (6) as well as with his approval of the interpretation of s. 212(*c*), as it relates to drunkenness, adopted by the Court of Appeal for Ontario in *R. v. Tennant and Naccarato*[15].

I also agree that the case was rightly left to the jury on the basis of paras. (*a*)(i) and (ii) and (*c*) of s. 212.

Since a new trial has been ordered, it may be appropriate to express a view on certain related questions. As to these, I concur in my brother Lamer's summarized conclusions (1), (2), (3) and (4).

Appeal dismissed.

[15] (1975), 23 C.C.C. (2d) 80.

L'intimé a mis le feu à la maison après être allé reconduire la gardienne chez elle; M^me^ Gilchrist a témoigné que lorsqu'elle a accusé l'intimé, au retour de ce dernier à la réception, d'avoir fait quelque chose à ses enfants, il n'a pas répondu. Au poste de police, quand il a signalé l'incendie, les agents disent que, quand ils lui ont demandé s'il y avait quelqu'un dans la maison, il leur a dit: «Oui, Lorna, 6 ans et Allan, 9 ans.» Ce sont des faits que le jury doit prendre en considération pour juger s'il savait ou non que les enfants étaient à l'étage supérieur au moment où il aurait mis le feu et, s'il le savait, quelle intention il avait à ce moment-là.

Je ne ferai donc pas de commentaire sur l'application des sous-al. 212*a*)(i) et (ii) ni dans un sens, ni dans l'autre. De toute façon, il appartiendra au juge de déterminer quels articles devront être soumis au jury en fonction des faits qui seront apportés en preuve au nouveau procès.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE BEETZ—A mon avis, la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas commis d'erreur en statuant que le savant juge du procès avait commis une erreur en n'établissant pas de rapport entre l'ivresse et la question de savoir si l'intimé avait eu effectivement connaissance des circonstances concomitantes qui ont rendu son comportement de nature à causer la mort, par application de l'al. 212*c*) du *Code criminel*. A cet égard je souscris aux conclusions de mon collègue le juge Lamer résumées en (5) et (6) et à son approbation de l'interprétation que la Cour d'appel de l'Ontario a donnée à l'al. 212*c*) quant à l'ivresse dans l'arrêt *R. v. Tennant and Naccarato*[15].

Je suis d'avis que l'affaire a à juste titre été laissée à l'appréciation du jury en fonction des sous-al. *a*)(i) et (ii) et de l'al. *c*) de l'art. 212.

Puisqu'il y a ordonnance d'un nouveau procès, il est peut-être à propos que j'exprime une opinion sur certains points connexes. A cet égard, je souscris aux conclusions de mon collègue le juge Lamer résumées en (1), (2), (3) et (4).

Pourvoi rejeté.

[15] (1975), 23 C.C.C. (2d) 80.

Solicitor for the appellant: Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Greenspan & Moldaver, Toronto.

Procureur de l'appelante: Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Greenspan & Moldaver, Toronto.

Consolboard Inc. (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Limited (*Defendant*) *Respondent.*

1980: April 28, 29; 1981: March 19.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Patents — Infringement — Validity — Specification — Anticipation — Novelty — Double patenting and required division of original application — Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 2, 28(1)(a),(b),(c), 36(1),(2), 38, 45(1)(a),(b), 63(1)(b).

Appellant, the owner of two Canadian letters patent, alleged infringement by respondent. The patents, one for "waferboard" and the other for "wafers", concerned the production of moulded products, especially fibre board, from fibrous elements in flakes or wafers derived from wood. Although a single application had originally been submitted, the application dealing with "waferboard" was severed from the original application which later issued in respect of "wafers" because of a request by the Commissioner of Patents. Respondent, after acquiring a plant that had produced a waferboard product under licence but not the licence, continued to produce the product without a licence. Respondent denied any allegation of infringement and challenged the validity of the patents.

At trial, most claims were upheld and some found to be infringed. The Court of Appeal set aside that judgment for non-compliance with s. 36(1) of the *Patent Act* and dismissed the cross-appeal seeking to establish the validity of the claims that were struck down. Both courts denied appellant an accounting of profits.

Respondent contended that the patents were invalid for a number of reasons. Firstly, the specifications in the patents in suit failed to comply with s. 36(1) of the *Patent Act*. Further, the invention allegedly had been on sale in Canada for more than two years before the filing of the application contrary to s. 28(1)(*a*). Then, too, contrary to ss. 28(1)(*a*) and 63(1)(*b*), the invention allegedly had been previously known or used by inventors filing an earlier application for a patent that was co-pending with the application of the patents in suit. These patents also allegedly lacked novelty or inventive

Consolboard Inc. (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Limited (*Défenderesse*) *Intimée.*

1980: 28, 29 avril; 1981: 19 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Brevets — Contrefaçon — Validité — Mémoire descriptif — Antériorité — Nouveauté — Double brevet et division imposée de la demande originale — Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 2, 28(1)a), b), c), 36(1), (2) 38, 45(1)a), b), 63(1)b).

L'appelante, propriétaire de deux brevets canadiens, soutient que l'intimée les a contrefaits. Les brevets, l'un pour des «panneaux de copeaux» et l'autre pour des «copeaux», portent sur la fabrication d'articles pressés, notamment de panneaux de fibres, faits de matière fibreuse sous forme de lamelles ou de copeaux tirés du bois. Bien qu'une seule demande de brevet ait été d'abord faite, la demande relative aux «panneaux de copeaux» a, par suite d'une demande du commissaire des brevets été séparée de la demande originale qui a abouti au brevet relatif aux «copeaux». Après avoir acquis l'usine qui fabriquait les panneaux de copeaux sous licence, sans acquérir la licence, l'intimée a continué de produire l'article sans licence. L'intimée nie les allégations de contrefaçon et conteste la validité des brevets.

Le jugement de première instance a confirmé la validité de la plupart des revendications et conclu à la contrefaçon de certaines d'entre elles. La Cour d'appel a infirmé ce jugement pour inobservance du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets* et rejeté l'appel incident qui demandait le rétablissement des revendications radiées. Les deux instances ont refusé à la demanderesse le calcul des profits.

L'intimée a soutenu que les brevets sont invalides pour plusieurs raisons. D'abord les mémoires descriptifs des brevets contestés ne se conformeraient pas au par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*. Puis, l'invention aurait été selon elle en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de la demande, en contravention de l'al. 28(1)*a*). Ensuite, aussi en contravention de l'al. 28(1)*a*) et de l'al. 63(1)*b*), l'invention aurait déjà été connue ou utilisée par les inventeurs qui avaient déjà fait une demande de brevets, laquelle demande aurait été en instance en même temps que celle des brevets contestés. Les brevets

ingenuity over prior art. It also was contended that the "wafer" patent was the same invention as the "waferboard" patent. Respondent maintained that its product and process did not infringe the patents in suit and argued that appellant had failed to prove title to the patents.

Held: The appeal should be allowed.

A number of issues were decided in the course of the hearing. Consolboard, firstly, proved title to the two patents in suit. These patents were not invalid because of the invention's being on sale in Canada for more than two years before the filing of the application, contrary to s. 28(1)(*a*) of the *Patent Act*. In addition, the trial judge properly refused to grant an accounting of profits as an alternative to damages on the main ground that appellant did not commence litigation until 1974. Finally, the question of infringement was one of fact and respondent did not show any substantial ground on which the trial judge's finding of infringement should be overturned.

The patents in issue were not invalid for non-compliance with s. 36 of the *Patent Act*. What s. 36 called for in the specification (which included both the "disclosure" and the "claims") was a description of the invention and the method of producing or reconstructing it, coupled with a claim or claims stating those novel features in which the applicant wanted an exclusive right. The specifications had to define the precise and exact extent of the exclusive property and privilege claimed. Section 36(1) did not exact different standards of disclosure for different parts of the section; indeed, it was contrary to established law to do so. The only test was whether the specification adequately described the invention for a person skilled in the art, though in the case of patents of a highly technical and scientific nature, that person would be someone possessing a high degree of expert scientific knowledge and skill in the particular branch of the science to which the patent related. Section 36(1) did not require a distinct indication of the real utility of the invention in question, and its concluding words did not require the inventor to describe in his disclosure or claims how the invention was new or useful. The inventor was required to describe what it was he claimed to have invented, but not to extol its effect or advantage if he described the invention so as to produce it. The requirement in s. 36(1) that the specification disclose the "use" to which the inventor conceived the application could be put related to disclosure and was independent of the requirement in s. 2 that

manqueraient de nouveauté ou d'ingéniosité inventive en fonction de l'état de la technique. Elle a aussi soutenu que le brevet relatif aux «copeaux» porte sur la même invention que le brevet relatif aux «panneaux de copeaux». L'intimée a soutenu que son produit et son procédé de fabrication ne sont pas une contrefaçon des brevets contestés et a allégué que l'appelante n'a pas réussi à établir son titre aux brevets.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Un certain nombre de points ont été tranchés en cours d'audience. D'abord, Consolboard a établi son titre de propriété sur les deux brevets contestés. Ces brevets ne sont pas invalides parce que l'invention aurait été en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de la demande, en contravention de l'al. 28(1)*a*) de la *Loi sur les brevets*. De plus le juge de première instance a eu raison de refuser d'ordonner un calcul des profits plutôt que d'accorder des dommages-intérêts principalement parce que l'appelante n'a pas intenté l'action avant 1974. Enfin, la question de la contrefaçon est une question de fait et l'intimée n'a pas démontré de motif valable de modifier la conclusion du juge de première instance qu'il y a eu contrefaçon.

Les brevets contestés ne sont pas invalides pour inobservance de l'art. 36 de la *Loi des brevets*. Ce que l'art. 36 exige du mémoire descriptif (qui comprend à la fois la divulgation et les revendications) c'est une description de l'invention et de la façon de la produire ou de la construire, à laquelle s'ajoute une ou plusieurs revendications qui exposent les aspects nouveaux pour lesquels le demandeur demande un droit exclusif. Le mémoire descriptif doit définir la portée exacte et précise de la propriété et du privilège exclusifs revendiqués. Le paragraphe 36(1) ne prescrit pas des critères de divulgation différents pour les différentes parties du paragraphe; en fait, il est contraire au droit de le faire. Le seul critère est celui de savoir si le mémoire descriptif décrit adéquatement l'invention pour une personne versée dans l'art, même si dans le cas de brevets de nature hautement technique et scientifique, cette personne peut être quelqu'un qui possède un niveau élevé de connaissances scientifiques spécialisées et d'expertise dans le domaine spécifique des sciences dont relève le brevet. Le paragraphe 36(1) n'exige pas d'indiquer distinctement l'utilité réelle de l'invention en cause et les derniers mots du paragraphe n'obligent pas l'inventeur à décrire dans sa divulgation ou ses revendications en quoi l'invention est nouvelle ou comment elle est utile. L'inventeur doit décrire ce qu'il revendique avoir inventé, mais il n'est pas obligé de vanter l'effet ou l'avantage de sa découverte s'il décrit son invention de manière à le produire. L'exigence du par. 36(1) selon laquelle le mémoire

an invention be new and "useful" as a condition precedent to an invention.

The patents in suit did not describe substantially the same invention as was described in an earlier patent held by the inventor and a co-inventor. Section 28, which permitted an individual a patent for an invention if that invention was not "known or used by any other person before he invented it", was not violated.

The applicant did not fail to claim "distinctly" how the inventions in the patents in suit differed from the earlier and similar patent. The true test was simply that "a man had to distinguish what was old from what was new by his claim but he did not have to distinguish what was old from what was new by his claim". If the specification described an invention that was in fact new, and if the description was sufficient for an ordinary workman skilled in the art to understand it, the patent specification was valid.

The allegation that the patents in suit were invalid because of anticipation and lack of inventive ingenuity raised a factual issue involving assessment of the common knowledge and prior art existing at the date of the invention. The claims in suit did more than merely read on the disclosure of the prior documents. Such disclosure did not contain clear instructions to do or make something that would infringe the patents in suit if carried out after the grant.

The rule against double-patenting, that only one patent could issue for a given invention, was not violated. The appellant had originally filed a single patent application but had been required to divide the application by the Commissioner of Patents. A patentee was not to be prejudiced by enforced divisional applications.

The re-examination of the evidence, as required by appellant's submission that certain claims in a patent were valid contrary to the trial judge's findings, was not a proper appellate function.

Baldwin International Radio Company of Canada, Limited v. Western Electric Company Incorporated, and Northern Electric Company, Limited, [1934] S.C.R. 94; *Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] S.C.R. 36 reversing [1947] Ex. C.R. 306; *Western Electric Company, Incor-*

descriptif doit faire état de l'usage pour lequel l'inventeur a prévu employer l'invention a trait à la divulgation et est différente de celle de l'art. 2 selon laquelle, comme condition essentielle d'être une invention, l'invention doit être nouvelle et «utile».

Les brevets contestés ne décrivent pas substantiellement la même invention qu'un brevet antérieur détenu par l'inventeur et un co-inventeur. On a pas contrevenu à l'art. 28 qui permet à l'auteur d'une invention d'obtenir un brevet si l'invention «n'était pas connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite».

Le demandeur n'a pas omis de revendiquer «distinctement» ce en quoi les inventions des brevets contestés diffèrent d'un brevet antérieur similaire. Le vrai critère est simplement le suivant: «une personne doit distinguer ce qui est nouveau de ce qui est ancien par ses revendications mais elle n'a pas à distinguer ce qui est nouveau de ce qui est ancien dans ses revendications». Si le mémoire décrit une invention qui de fait est nouvelle et si la description est assez complète pour qu'un ouvrier moyen versé dans l'art puisse la comprendre, le mémoire descriptif du brevet est valide.

L'allégation que les brevets contestés sont invalides pour cause d'antériorité et d'absence d'ingéniosité inventive soulève une question de fait et appelle l'évaluation des connaissances générales et de l'état de la technique au moment de l'invention. Les revendications contestées font plus que simplement contenir les divulgations des documents antérieurs. Ces divulgations ne comportent pas d'instructions sur la façon de faire ou fabriquer ce qui serait une contrefaçon des brevets contestés si elles étaient mises en pratique après l'octroi des brevets.

On n'a pas contrevenu à la règle interdisant le «double brevet», selon laquelle règle il ne doit y avoir qu'un seul brevet pour une invention donnée. L'appelante avait d'abord présenté une seule demande de brevet, mais le commissaire des brevets lui a demandé de diviser sa demande en deux. Il ne faut pas désavantager le titulaire d'un brevet à cause de demandes divisionnaires imposées.

Le réexamen de la preuve comme celui qu'entraîneraient les prétentions de l'appelante que, contrairement à la décision du juge de première instance, certaines revendications d'un des brevets sont valides ne constitue pas le rôle normal d'une cour d'appel.

Jurisprudence: *Baldwin International Radio Company of Canada, Limited c. Western Electric Company Incorporated, et Northern Electric Company, Limited*, [1934] R.C.S. 94; *Noranda Mines Limited c. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] R.C.S. 36 infirmant [1947] R.C. de l' É. 306; *Western*

porated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada, [1934] S.C.R. 570; *Hinks & Son v. Safety Lighting Company* (1876), 4 Ch. D. 607; *Sandoz Patents Limited v. Gilcross Limited, formerly Jules R. Gilbert Limited,* [1974] S.C.R. 1336; *Burton Parsons Chemicals, Inc. et al. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd. et al.,* [1976] 1 S.C.R. 555; *Monsanto Company v. Commissioner of Patents,* [1979] 2 S.C.R. 1108; *Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.* (1902), 20 R.P.C. 77; *Rodi & Wienenberger A.G. v. Metalliflex Limited* (1959), 19 Fox Pat. C. 49; *Unifloc Reagents, Ld. v. Newstead Colliery, Ld.* (1943), 60 R.P.C. 165; *R. v. American Optical Company et al.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62; *Foxwell v. Bostock and Others* (1864), 4 De G.J. & S. 298; 46 E.R. 934; *British United Shoe Machinery Company Ld. v. A. Fussell & Sons Ld.* (1908), 25 R.P.C. 631; *Canadian General Electric Co., Ld. v. Fada Radio Ld.* (1930), 47 R.P.C. 69; *R. v. Uhlemann Optical Company* (1949), 10 Fox Pat. C. 24 affirmed [1952] 1 S.C.R. 143; *Lovell Manufacturing Company et al. v. Beatty Bros. Limited* (1962), 23 Fox Pat. C. 112; *Lightning Fastener Company Limited v. Colonial Fastener Company, Limited et al.,* [1933] S.C.R. 377; *General Tire and Rubber Company v. Firestone Tyre and Rubber Company Limited and Others,* [1972] R.P.C. 457; *Xerox of Canada Ltd. v. IBM Canada Ltd.* (1977), 33 C.P.R. (2d) 24 (F.C.C.); *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning,* [1964] S.C.R. 49; *J. R. Short Milling Company (Canada) Limited v. George Weston Bread and Cakes Limited et al.,* [1941] Ex. C.R. 69 affirmed [1942] S.C.R. 187, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], allowing an appeal from a judgment finding most patent claims valid and infringement of some but dismissing cross-appeal seeking both the establishment of the claims ruled invalid and an accounting of profits. Appeal allowed.

G. Alexander Macklin and *Bruce E. Morgan,* for the appellant.

D. F. Sim, Q.C., and *K. D. McKay,* for the respondent.

[1] (1979), 35 N.R. 420; (1979), C.P.R. (2d) 94.

Electric Company, Incorporated, et Northern Electric Company c. Baldwin International Radio of Canada, [1934] R.C.S. 570; *Hinks & Son v. Safety Lighting Company* (1876), 4 Ch. D. 607; *Sandoz Patents Limited c. Gilcross Limited, ci-devant Jules R. Gilbert Limited,* [1974] R.C.S. 1336; *Burton Parsons Chemicals, Inc. et autre c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd. et autre,* [1976] 1 R.C.S. 555; *Monsanto Company c. Commissaire des brevets,* [1979] 2 R.C.S. 1108; *Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.* (1902), 20 R.P.C. 77; *Rodi & Wienenberger A.G. v. Metalliflex Limited* (1959), 19 Fox Pat. C. 49; *Unifloc Reagents, Ld. v. Newstead Colliery, Ld.* (1943), 60 R.P.C. 165; *R. v. American Optical Company et al.* (1950), 11 Fox Pat. C. 62; *Foxwell v. Bostock and Others* (1864), 4 De G.J. & S. 298; 46 E.R. 934; *British United Shoe Machinery Company Ld. v. A. Fussell & Sons Ld.* (1908), 25 R.P.C. 631; *Canadian General Electric Co., Ld. v. Fada Radio Ld.* (1930), 47 R.P.C. 69; *R. v. Uhlemann Optical Company* (1949), 10 Fox Pat. C. 24 conf. par [1952] 1 R.C.S. 143; *Lovell Manufacturing Company et al. v. Beatty Bros. Limited* (1962), 23 Fox Pat. C. 112; *Lightning Fastener Company Limited v. Colonial Fastener Company, Limited et al.,* [1933] R.C.S. 377; *General Tire and Rubber Company v. Firestone Tyre and Rubber Company Limited and Others,* [1972] R.P.C. 457; *Xerox du Canada Limitée c. IBM Canada Limitée* (1977), 33 C.P.R. (2d) 24 (C.F.C.); *Commissaire des brevets c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning,* [1964] R.C.S. 49; *J.R. Short Milling Company (Canada) Limited c. George Weston Bread and Cakes Limited et autres,* [1941] R.C. de l' É. 69 conf. par [1942] R.C.S. 187.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a accueilli un appel du jugement déclarant la plupart des revendications valides et constatant contrefaçon de certaines d'entre elles, mais qui a rejeté un appel incident visant le rétablissement de certaines revendications déclarées invalides et un calcul des profits. Pourvoi accueilli.

G. Alexander Macklin et *Bruce E. Morgan,* pour l'appelante.

D. F. Sim, c.r., et *K. D. McKay,* pour l'intimée.

[1] (1979), 35 N.R. 420; (1979), C.P.R. (2d) 94.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The appellant, Consolboard Inc. is the owner of Canadian Letters Patent 565,618 for "waferboard" and Canadian Letters Patent 569,813 for "wafers". Consolboard alleges that the respondent, MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Limited, has infringed the patents. In reply, the respondent challenges the validity of the patents and denies the allegation of infringement.

Both inventions are concerned with the production of moulded products, particularly fibre board and the like, from fibrous elements in the form of flakes or wafers. These flakes and wafers are derived from wood including wood waste from the lumber industry. The strength of dense fibre board, known as hardboard, is determined primarily by the intrinsic strength of the individual fibres and fibrous elements of which it is composed. The process by which waferboard is made is complex and technical. In simple terms, however, it may be said that the product is usually produced by preparing what is known as a "felt" from the fibres, adding a binder of resin and consolidating the felt by the application of heat and substantial pressure. Strong lateral adhesive forces are thus developed between the fibrous elements.

The wafer patent speaks of "cross-cut" fibrous elements, formed by cutting woody materials across the grain, as distinguished from planer action, so that the grain is parallel to and extends along the length of the wafer. An object of the invention is to preserve the intrinsic strength of the fibres. In planer shavings the fibre bundles are frequently damaged or broken; in the wafers the fibre bundles are preserved substantially undamaged. They are smooth, have tapered ends, and good board-making properties, requiring very little added binder. Resin is an expensive commodity and economy in its use is highly desirable. The wafers have a thickness within the range of 0.002-0.065 inch and a length at least ten times the thickness but less than five inches.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—L'appelante, Consolboard Inc. est propriétaire du brevet canadien n° 565,618 pour des «panneaux de copeaux» et du brevet canadien n° 569,813 pour les «copeaux». Consolboard soutient que l'intimée, MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Limited a contrefait ces brevets. En réponse, l'intimée conteste la validité des brevets et nie les allégations de contrefaçon.

Les deux inventions portent sur la fabrication d'articles pressés, notamment de panneaux de fibres et d'articles semblables, faits de matière fibreuse sous forme de lamelles ou de copeaux. Ces lamelles et copeaux proviennent de bois et de résidus industriels de bois. La rigidité des panneaux de fibre dense, appelés panneaux rigides, dépend principalement de la rigidité propre des fibres mêmes et des éléments fibreux qui les composent. Le procédé de fabrication des panneaux de copeaux est complexe et technique. En simplifiant cependant, on peut dire que l'article est normalement fabriqué en préparant ce qui s'appelle un «feutre» fait de fibres, en lui ajoutant un liant de résine et en faisant durcir le feutre par l'application de chaleur et de grandes pressions. Il en résulte des forces considérables d'adhésion latérale entre les éléments fibreux.

Le brevet relatif aux copeaux parle [TRADUCTION] «d'éléments fibreux tronçonnés», obtenus en coupant le matériau ligneux contre le fil, à la différence du planage, de sorte que le fil est parallèle à la longueur du copeau et dans son sens. Un des buts de l'invention consiste à préserver la rigidité naturelle des fibres. Dans les planures, les faisceaux de fibres sont fréquemment brisés ou endommagés; dans les copeaux les faisceaux de fibres demeurent intacts la plupart du temps. Ils sont lisses, ils ont le bout effilé, ils se prêtent bien à la fabrication de panneaux et requièrent une très faible quantité de liant. La résine est un produit dispendieux et son économie est éminemment souhaitable. Les copeaux ont une épaisseur qui varie entre 0.002 et 0.065 de pouce et une longueur d'au moins dix fois leur épaisseur, mais inférieure à cinq pouces.

The waferboard patent provides for a plurality of such wafers, the wafers being interfelted and aligned with the broad faces lying substantially in the same plane. A thermosetting resinous binder integrates the wafers into a composite structure. Flakes or wafers having ends tapered in thickness, according to the patent, give a stronger and considerably smoother surfaced board than do flakes or wafers having blunt ends. Tapering of the ends permits a thicker flake or wafer to be used than if the ends were not tapered. In consequence, the specific surface of the fibrous material is reduced and, equally, the quantity of resinous binder necessary to make a board having a required strength. The finished product is a strong and relatively inexpensive board, for interior or exterior use. It has largely supplanted the more expensive "plywood" as a sheeting product.

Dr. James d'A. Clark, the inventor, is a scientist and well-known expert in the pulp and paper industry. He filed in Canada a single patent application on June 25, 1953. Pursuant to a requirement by the Commissioner of Patents, acting under s. 38 of the *Patent Act*, R.S.C. 1970, c. P-4, the application for Canadian Patent 565,618 (waferboard) was divided from the original application which issued as Canadian Patent 569,813 (wafer).

I

The respondent, MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Limited manufactures waferboard at its plant in Hudson Bay, Saskatchewan, and sells its products under the trademark Aspenite. The plant was constructed about twenty years ago by a Saskatchewan company, Wizewood Ltd. Wizewood manufactured waferboard under licence from Changewood Corporation, a company which had obtained ownership of the two patents in suit from Dr. Clark. Dr. Clark assisted in the start-up of the Wizewood plant. The plant was operated by Wizewood from 1961 to 1965 and royalties were paid pursuant to the licensing agreement. Wizewood, however, encountered financial difficulties

Le brevet relatif aux panneaux de copeaux prévoit un grand nombre de ces copeaux, ceux-ci étant feutrés et alignés avec leurs plus grandes faces disposées sensiblement dans le même plan. Un liant résineux thermodurcissable relie les copeaux en un panneau aggloméré. Des lamelles ou copeaux aux bouts effilés donnent, selon le brevet, un panneau dont la surface est beaucoup plus résistante et lisse que ne le font des lamelles ou copeaux aux bouts arrondis. L'effilage des bouts permet d'utiliser une lamelle ou copeau plus épais qu'on ne pourrait le faire sans effiler les bouts. En conséquence, la superficie spécifique du matériau fibreux est réduite et il en est de même de la quantité de liant résineux nécessaire pour produire un panneau d'une résistance donnée. Le produit obtenu est un panneau résistant et relativement économique pour usage intérieur et extérieur. Il a pour une bonne part supplanté le «panneau de contreplaqué» plus dispendieux comme matériau de lambrissage.

Le D[r] James d'A. Clark, l'inventeur, est un homme de science et un expert reconnu de l'industrie des pâtes et papier. Il a présenté une demande unique de brevet au Canada le 25 juin 1953. A la demande du commissaire des brevets, qui agissait en vertu de l'art. 38 de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1970, chap. P-4, la demande du brevet canadien n° 565,618 (panneaux de copeaux) a été séparée de la demande originale qui est devenue le brevet canadien n° 569,813 (copeaux).

I

L'intimée, MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Limited fabrique des panneaux de copeaux à son usine d'Hudson Bay (Saskatchewan), et vend sa production sous la marque de commerce Aspenite. L'usine a été construite il y a environ vingt ans par une société de la Saskatchewan, Wizewood Ltd. Celle-ci fabriquait les panneaux de copeaux sous licence de Changewood Corporation, une société qui avait acquis la propriété des deux brevets contestés du D[r] Clark. Ce dernier avait participé à la mise en production de l'usine. La société Wizewood a exploité l'usine de 1961 à 1965 et payait des redevances conformément au contrat de licence. A la suite d'un incendie majeur, la société

following a serious fire and management of the company was taken over by a creditor, the Saskatchewan government.

Later, the assets of Wizewood, not including the licence, were sold to MacMillan Bloedel in 1965. Between 1965 and the commencement of this action in 1974, representatives of Changewood and its successor, Consolboard, attempted, without success, to have the respondent company or its parent company, MacMillan Bloedel Limited, acknowledge an obligation for the payment of royalties. The respondent continued to produce waferboard at its plant in Saskatchewan. It took the position, and has continued to take the position, that it has not infringed the patents and, in any event, the patents are invalid.

Pursuant to an order of the Federal Court the action for infringement proceeded to trial without any evidence as to the extent of the alleged infringement. The question as to damages flowing from alleged infringement, and as to profits arising from any alleged infringement, was to be the subject of further discovery and a reference after trial.

II

The trial judge, Collier J., in a judgment now reported in (1979), 39 C.P.R. (2d) 191, held certain claims of each of the two patents to be invalid. With respect to the waferboard patent an essential element of the invention was that the wafers be "crosscut". Claims 2, 8, 9 and part of claim 10 omitted mention of this term, were therefore broader than the invention made or described and invalid. With respect to the wafer patent an essential element of the invention was that the wafers have tapered ends. Failure to mention this feature resulted in claims 3 and 4 of the wafer patent being struck down, the claims being broader than the invention made or described.

Mr. Justice Collier rejected all other claims of invalidity advanced by the respondent. He held that the description contained in the specifications

a rencontré des difficultés financières et l'un de ses créanciers, le gouvernement de la Saskatchewan, a assumé la gestion de la société.

Par la suite, les actifs de Wizewood, à l'exception de la licence, ont été cédés à MacMillan Bloedel en 1965. Entre 1965 et le début des procédures dans la présente action en 1974, des représentants de Changewood et de sa cessionnaire, Consolboard, ont essayé, en vain, de faire reconnaître par la société intimée ou sa propriétaire, MacMillan Bloedel Limited, l'obligation de verser des redevances. L'intimée a continué de produire des panneaux de copeaux à son usine de la Saskatchewan. Elle a soutenu et continue de soutenir qu'elle n'a pas commis de contrefaçon des brevets qui, de toute façon sont invalides.

Conformément à une ordonnance de la Cour fédérale, l'action en contrefaçon a été entendue en première instance sans aucune preuve de l'étendue de la contrefaçon alléguée. La détermination des dommages résultant de la contrefaçon alléguée et des profits découlant de celle-ci devait faire l'objet d'une enquête distincte et d'un renvoi postérieur au procès.

II

Le juge Collier, en première instance, dans un jugement maintenant publié à (1979), 39 C.P.R. (2d) 191, a conclu à la nullité de certaines revendications de chacun des deux brevets. Quant au brevet relatif aux panneaux de copeaux, un élément essentiel de l'invention consiste en ce que les copeaux soient «tronçonnés». Les revendications 2, 8, 9 et une partie de la revendication 10 omettaient de mentionner ce terme, elles étaient donc plus larges que l'invention réalisée ou décrite et étaient en conséquence invalides. Quant au brevet relatif aux copeaux, un élément essentiel de l'invention consiste en ce que les copeaux aient les bouts effilés. L'omission de faire état de cette caractéristique a fait radier les revendications 3 et 4 de ce brevet, celles-ci étant plus larges que l'invention réalisée ou décrite.

M. le juge Collier a rejeté tous les autres moyens de nullité soutenus par l'intimée. Il a statué que la description contenue au mémoire

satisfied the statutory requirements established in s. 36(1) of the *Patent Act*. He rejected a claim that Consolboard had failed to prove its title to the patents in question. He also rejected arguments based on anticipation, lack of novelty or ingenuity, and 'double patenting'.

Having upheld, in part, the validity of the patents, the judge proceeded to find that the respondent had infringed claim 2 of the wafer patent and claims 7 and 10 (in so far as it included 7) of the waferboard patent. He refused to direct an accounting of profits as requested by Consolboard. He limited his order to an award of damages.

III

MacMillan Bloedel appealed. Consolboard cross-appealed, seeking to establish the validity of the claims which had been struck down at trial and the right to an accounting of profits. The Federal Court of Appeal granted the appeal, and set aside the judgment at trial, for failure to comply with s. 36(1) of the *Patent Act*, as construed by the Federal Court of Appeal. The cross-appeal of Consolboard was dismissed.

Before the Court of Appeal and before this Court, the respondent, in addition to arguing the invalidity of the patents in suit for failure to comply with s. 36(1) of the *Patent Act*, argued that the Consolboard action should be dismissed on the following grounds: (i) that Consolboard had failed to prove its title to the patents in suit; (ii) that the patents in suit were invalid in that, contrary to the provisions of s. 28(1)(*c*) of the *Patent Act*, the "invention" thereof had been on sale in Canada more than two years before the filing of the application therefor; (iii) that the patents in suit were invalid in that contrary to the provisions of ss. 28(1)(*a*) and 63(1)(*b*) of the *Patent Act*, the "invention" thereof was previously known or used by the inventors named in Canadian Patent 621,795 and that the application therefor was filed earlier than and was co-pending with the application resulting in the patents in suit; (iv) that

descriptif satisfaisait aux exigences de la loi énoncées au par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*. Il a rejeté une allégation selon laquelle Consolboard n'avait pas établi son titre de propriété sur les brevets en cause. Il a aussi rejeté les moyens fondés sur l'antériorité, l'absence de nouveauté ou d'ingéniosité et le «dédoublement d'invention».

Après avoir confirmé, en partie, la validité des brevets, le juge a aussi conclu que l'intimée avait contrefait la revendication 2 du brevet relatif aux copeaux et les revendications 7 et 10 (dans la mesure où elle comprend la revendication 7) du brevet relatif aux panneaux de copeaux. Il a refusé d'ordonner un calcul des profits comme le demandait Consolboard. Il a limité son ordonnance à l'attribution de dommages-intérêts.

III

MacMillan Bloedel a interjeté appel. Consolboard a présenté un appel incident, cherchant à faire déclarer valides les revendications radiées en première instance et à obtenir un calcul des profits. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel et infirmé le jugement de première instance pour inobservance du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*, selon l'interprétation que la Cour d'appel fédérale en a donné. L'appel incident de Consolboard a été rejeté.

En Cour d'appel et en cette Cour, l'intimée a, en plus d'invoquer l'invalidité des brevets contestés pour inobservance du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*, soutenu que l'action de Consolboard devrait être rejetée pour les motifs suivants: (i) que Consolboard n'a pas établi son titre de propriété sur les brevets contestés; (ii) que les brevets contestés sont invalides parce que, contrairement aux dispositions de l'al. 28(1)*c*) de la *Loi sur les brevets*, l'invention qu'ils présentent a été en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de la demande de brevet; (iii) que les brevets contestés sont invalides parce que, contrairement aux dispositions des al. 28(1)*a*) et 63(1)*b*) de la *Loi sur les brevets*, l'invention qu'ils présentent était déjà connue ou exploitée par les inventeurs nommés au brevet canadien nº 621,795 et que la demande de ce brevet a été déposée avant celle des brevets contestés et était en instance en même temps

Canadian Patent 569,813 (wafer patent) was invalid as being for the same "invention" as that of Canadian Patent 565,618 (waferboard patent); (v) that the patents in suit were not infringed by the respondent's product and process; (vi) that the patents in suit were invalid as lacking novelty or inventive ingenuity over the prior art; (vii) that the trial judge erred in refusing leave to the respondent to plead, on the last day of trial, the provisions of the Saskatchewan *Limitation of Actions Act*, R.S.S. 1965, c. 84.

IV

Before addressing the question as to whether the Court of Appeal was right in holding both patents in suit invalid for failure to comply with the requirements of s. 36(1) of the *Patent Act* it will be convenient to mention but briefly and then put aside, a number of the issues canvassed during argument. In the course of the hearing this Court decided:

(a) Consolboard has proven its title to the two patents in suit. While Collier J. conceded that the evidence establishing the chain of title was "not as satisfactory as one would wish" there was nevertheless some evidence upon which he could find, as he did, that Consolboard had met the onus of showing good title. The main complaint was that the inventor Clark was not called to prove an assignment from him to a predecessor in title to Consolboard. Dr. Clark lived not far from Vancouver, where the trial was held, but he was of advanced years. The assignment was proved by one Carey whose credentials were attacked by the respondent. The trial judge, however, was entitled to treat this as he wished, much depending upon the credibility of Mr. Carey. This Court decided not to interfere with the judge's decision.

(b) The patents in suit were not invalid on the ground that, contrary to the provisions of s. 28(1)(*c*) of the *Patent Act* the "invention" thereof

qu'elle; (iv) que le brevet canadien n° 569,813 (relatif aux copeaux) est invalide parce qu'il vise la même invention que le brevet canadien n° 565,618 (relatif aux panneaux de copeaux); (v) que le produit et le procédé de l'intimée ne constituent pas une contrefaçon des brevets contestés; (vi) que les brevets contestés sont invalides parce qu'ils manquent de nouveauté ou d'ingéniosité inventive compte tenu de l'état antérieur de la technique; (vii) que le juge de première instance a commis une erreur en refusant à l'intimée la permission, le dernier jour du procès, d'invoquer les dispositions de *The Limitation of Actions Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1965, chap. 84.

IV

Avant de nous arrêter à la question de savoir si la Cour d'appel a eu raison de déclarer les deux brevets visés invalides pour inobservance des dispositions du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets*, il y a lieu de traiter brièvement et de disposer de quelques points soulevés dans les plaidoiries. Pendant l'audience, la Cour a statué sur les points suivants:

a) Consolboard a établi son titre de propriété sur les deux brevets contestés. Même si le juge Collier a admis que la preuve de la chaîne de titres n'était pas [TRADUCTION] «aussi bonne qu'on pourrait le souhaiter» il y avait au moins des éléments de preuve qui lui permettaient de conclure, comme il l'a fait, que Consolboard avait satisfait à l'obligation de prouver son titre. La principale objection est qu'on n'a pas fait témoigner Clark, l'inventeur, pour faire la preuve de sa cession de droits à un des auteurs en titre de Consolboard. Le D[r] Clark demeurait près de Vancouver, où l'audience a eu lieu, mais il était très âgé. La cession de droits a été mise en preuve par un nommé Carey dont l'intimée a contesté la crédibilité. Le juge de première instance pouvait cependant traiter ce témoignage comme il le jugeait à propos, ce qui dépendait pour beaucoup de la crédibilité de M. Carey. Cette Cour a décidé de ne pas modifier la décision du juge.

b) Les brevets contestés ne sont pas invalides pour le motif que «l'invention» qu'ils présentent aurait, en contravention de l'al. 28(1)*c*) de la *Loi*

had been on sale in Canada for more than two years before the filing of the application therefor. This point arose from the fact that between Christmas 1950 and New Years 1951, Dr. Carl Hallonquist, then head of the Research Department of the respondent, visited Dr. Clark, in Longview, Washington. It was contended that during the course of the visit Dr. Clark disclosed to Dr. Hallonquist, and demonstrated, every element of the claims of the patents in suit, and offered rights in the invention for Western Canada to the respondent. The trial judge held that Dr. Clark's offer of licensing rights could not be equated with the proposed sale of an invention. In support of his conclusion, it is important to note that the terms of any licence or sale were not discussed by Dr. Clark and Dr. Hallonquist; the conversations took place in the United States of America and not in Canada; and it is clear that Dr. Clark's work was still at the experimental or "pilot plant" stage. The discussions related to a board product produced by Dr. Clark in his laboratory in the basement of his home.

(c) That respondent would not have leave to amend its statement of defence to plead *The Limitation of Actions Act* of the Province of Saskatchewan. Counsel for the respondent abandoned this point during argument.

(d) That Collier J. was correct in refusing to grant an accounting of profits as an alternative to damages on the main ground that the appellant did not commence litigation until 1974. The appellant claims that Collier J. was wrong in finding delay on its part in bringing the action. It was urged that Consolboard had continued negotiations with MacMillan Bloedel until 1972 in an effort to make MacMillan Bloedel recognize its rights and it was only after the ultimate failure of these negotiations that Consolboard felt compelled to bring action in February 1974. This may well be correct. The discretion exercised by Collier J. involved, however, a whole complex of factual matters, beside delay. Thus, in the view of this Court, the conclusion of the trial judge on the matter of an accounting of profits should be maintained.

sur les brevets, été en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de la demande de brevet à leur égard. Ce point résulte de ce qu'entre le Noël de 1950 et le Nouvel An de 1951, le D[r] Carl Hallonquist, alors chef du service de recherche de la société intimée, a rendu visite au D[r] Clark, à Longview (Washington). On a prétendu qu'au cours de cette visite, le D[r] Clark aurait divulgué au D[r] Hallonquist tous les éléments des revendications des brevets en cause, en aurait fait la démonstration et aurait offert à l'intimée des droits à l'invention pour l'Ouest du Canada. Le juge de première instance a statué que l'offre du D[r] Clark de droits de licence ne pouvait équivaloir à une offre de vente de l'invention. A l'appui de sa conclusion, il faut signaler qu'aucune discussion des conditions de concession de licence ou de vente n'a eu lieu entre le D[r] Clark et le D[r] Hallonquist; les pourparlers ont eu lieu aux États-Unis et non au Canada; et il est manifeste que les travaux du D[r] Clark étaient encore au stade de l'expérimentation ou de «l'unité pilote». Les pourparlers avaient trait à un matériau de panneau fabriqué par le D[r] Clark dans son laboratoire au sous-sol de sa demeure.

c) L'intimée n'est pas autorisée à modifier son acte de défense pour invoquer *The Limitation of Actions Act* de la province de la Saskatchewan. L'avocat de l'intimée a abandonné ce moyen pendant l'audience.

d) Le juge Collier a eu raison de refuser d'ordonner un calcul des profits plutôt que d'accorder des dommages-intérêts principalement parce que l'appelante n'a pas intenté l'action avant 1974. L'appelante soutient que le juge Collier a eu tort de conclure qu'elle a tardé à intenter l'action. On a soutenu que Consolboard a poursuivi les négociations avec MacMillan Bloedel jusqu'en 1972 pour amener celle-ci à reconnaître les droits de l'appelante et que ce n'est qu'après l'échec irrémédiable de ces négociations que Consolboard s'est sentie obligée de poursuivre en février 1974. Cela peut bien être vrai. Le pouvoir discrétionnaire exercé par le juge Collier portait cependant sur un ensemble complexe de faits en outre du retard. Donc, de l'avis de cette Cour, il y a lieu de confirmer la décision du juge de première instance quant au calcul des profits.

There is a further issue which might be disposed of at this time, the question of infringement. The respondent manufactures a woody wafer falling within the dimensional limitations of the wafer patent 569,813 and claim 2 thereof. The Aspenite waferboard manufactured by the respondent, save for the 3/4 inch variety, falls within the size and composition parameters of the waferboard patent 565,618 and claims 7 and 10 thereof. The respondent argues that its wafers are not "tapered" on a proper construction of that term as found in the patents, and hence did not infringe the appellant's patents. The trial judge accepted, for the purposes of the construction of the patents in suit, the definition of taper as "a feathering or gradual reduction of thickness of the wafers at the ends of the long dimension". He rejected the more restricted definition of taper offered by the respondent's witness, Mr. Johanson, namely, "a regular reduction in thickness achieved by a cutting tool [of some means]". The judge found that the respondent's wafers were "tapered".

A great deal of evidence was directed to the infringement issue during the course of the 20 day trial. The question is essentially one of fact and the respondent has not in my opinion shown any substantial ground on which the finding of infringement should be overturned. The finding of the trial judge should be left undisturbed.

V

Although the respondent had a whole battery of defences, the principal issue in the present appeal is whether the Federal Court of Appeal was in error in finding the two patents invalid on the ground of failure to comply with s. 36 of the *Patent Act*. The section reads:

36. (1) The applicant shall in the specification correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor, and set forth clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter, in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which it appertains, or

Il y a un autre point dont on peut disposer à ce moment-ci, c'est la question de la contrefaçon. L'intimée fabrique un copeau de bois dont les marges de dimensions correspondent à celui du brevet 569,813 et à sa revendication 2. Le panneau de copeaux Aspenite fabriqué par l'intimée, à l'exception du modèle de 3/4 de pouce, correspond aux dimensions et aux paramètres de composition du panneau de copeaux du brevet 565,618 et de ses revendications 7 et 10. L'intimée soutient que ses copeaux ne sont pas «effilés» au sens exact que ce terme a dans les brevets et que, par conséquent, elle ne contrefait pas les brevets de l'appelante. Le juge de première instance a accepté, pour les fins d'interprétation des brevets contestés, la définition du mot «effiler» comme [TRADUCTION] «l'action de biseauter ou de réduire graduellement l'épaisseur du copeau et des bouts dans le sens de la longueur». Il a rejeté la définition plus restrictive proposée par M. Johanson, l'un des témoins de l'intimée, soit [TRADUCTION] «une réduction régulière de l'épaisseur produite par un instrument [quelconque]». Le juge a conclu que les copeaux de l'intimée étaient «effilés».

Une bonne partie des témoignages a porté sur la question de la contrefaçon pendant le procès de 20 jours. C'est essentiellement une question de fait et l'intimée n'a pas, à mon avis, démontré de motif valable de modifier la conclusion qu'il y a eu contrefaçon. Il n'y a pas lieu de changer cette conclusion du juge de première instance.

V

Même si l'intimée a soulevé toute une batterie de moyens de défense, la question principale soulevée par ce pourvoi est de savoir si la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en déclarant les deux brevets invalides pour omission de se conformer à l'art. 36 de la *Loi sur les brevets*. Cet article est ainsi formulé:

36. (1) Dans le mémoire descriptif, le demandeur doit décrire d'une façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l'inventeur, et exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières, dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permet-

with which it is most closely connected, to make, construct, compound or use it; in the case of a machine he shall explain the principle thereof and the best mode in which he has contemplated the application of that principle; in the case of a process he shall explain the necessary sequence, if any, of the various steps, so as to distinguish the invention from other inventions; he shall particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention.

(2) The specification shall end with a claim or claims stating distinctly and in explicit terms the things or combinations that the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property or privilege.

Chief Justice Jackett, speaking for the Federal Court of Appeal, placed emphasis upon the opening words and the concluding words of s. 36(1):

The applicant shall in the specification correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor, . . .; he shall particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention.

In a portentous footnote, marked "N.B.", the learned Chief Justice states that the words "in such full, clear, concise and exact terms as to enable any person skilled in the art or science to which its appertains or with which it is most closely connected", appearing midway through s. 36(1), apply only to the requirement that the applicant shall "set forth clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter . . . to make, construct, compound or use it". He then made reference to the definition of "invention" found in s. 2 of the *Patent Act*, namely:

2. In this Act, and in any rule, regulation or order made under it,

. . .

"invention" means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or

tent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus, de confectionner, construire, composer ou utiliser l'objet de l'invention. S'il s'agit d'une machine, le demandeur doit en expliquer le principe et la meilleure manière dont il a conçu l'application de ce principe. S'il s'agit d'un procédé, il doit expliquer la suite nécessaire, s'il en est, des diverses phases du procédé, de façon à distinguer l'invention d'autres inventions. Il doit particulièrement indiquer et distinctement revendiquer la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention.

(2) Le mémoire descriptif doit se terminer par une ou plusieurs revendications exposant distinctement et en termes explicites les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété ou le privilège exclusif.

Le juge en chef Jackett, au nom de la Cour d'appel fédérale, a insisté sur les premiers et les derniers mots du par. 36(1):

Dans le mémoire descriptif, le demandeur doit décrire de façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l'inventeur, . . .; il doit particulièrement indiquer et distinctement revendiquer la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention.

Dans un renvoi de mauvais augure, marqué «N.B.», le Juge en chef affirme que les mots «dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, ou dans l'art ou la science qui s'en rapproche le plus» qu'on trouve vers le milieu du par. 36(1) s'appliquent uniquement à l'exigence que le demandeur doit «exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières . . . de confectionner, construire, composer ou utiliser l'objet de l'invention». Il renvoie ensuite à la définition du mot «invention» de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, soit:

2. Dans la présente loi, ainsi que dans tout règlement ou règle établie, ou ordonnance rendue, sous son autorité,

. . .

«invention» signifie toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières,

any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

The Chief Justice held that an invention must in the case of a product, (which he considered to be involved here) by virtue of the definition of "invention" be "useful . . . composition of matter, or any . . . useful improvement in any . . . composition of matter". Having affirmed that the trial judge had correctly described the "invention" the Chief Justice said:

In our view, having regard to the obvious object of section 36 of making "patent" to the public (as a consideration for the monopoly) all aspects of the invention (in the sense defined by section 2 of the *Patent Act*) and particularly its utility, there is no compliance with that section unless the applicant in his specification distinctly claims the "part, improvement or combination which he claims" having "correctly and fully" described, *inter alia*, its utility.

He continued:

After studying the "specification" and in the light of a long argument and references to the voluminous evidence, it would seem that the utility of the invention consists of the fact that, if particles of wood created by crosscutting and tapered at the ends are used within the sizes mentioned, for the making of fibre boards, they will produce a relatively inexpensive board strong enough for construction purposes because there has been a minimization of the damage to the fibres and the tapering at the ends of the particles reduces the amount of the relatively expensive bonding resin required and, by virtue of the overlapping resulting from such tapering, results in a stronger board.

and concluded:

In our view, while the reduction in damage to the wood fibres, as a utility to be achieved by the "invention", is "distinctly" claimed by the patent (see page 1 of the printed copy), the utility of the combination of the crosscutting whereby that is achieved and the tapering of the ends of the particles is only to be discovered by an intensive study of the patent, if at all. The main reference to it is in Column 8 (out of 16 columns) in a discussion of a particular application of the "invention". In our view, this is not a distinct indication of the real utility of the invention in question by which the public would be made aware of the invention in the manner required by section 36; and the *Patent Act* does not, therefore, authorize a monopoly for the invention.

ainsi qu'un perfectionnement quelconque de l'un des susdits, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité;

Le Juge en chef a conclu que dans le cas d'une invention de produit, comme il a jugé que c'était le cas en l'espèce, «l'invention» doit, à cause de sa définition être une «composition de matières ainsi qu'un . . . perfectionnement quelconque . . . présentant . . . de l'utilité». Après avoir affirmé que le savant juge de première instance avait correctement décrit l'invention, le Juge en chef poursuit:

A notre avis, compte tenu du but évident de l'article 36 qui vise à rendre accessible au public (en contrepartie du monopole) tous les aspects de l'invention (au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*) et particulièrement son utilité, le demandeur ne se conforme à cet article que si, dans son mémoire descriptif, il revendique distinctement «la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame» avoir «décrit d'une façon exacte et complète», entre autre son utilité.

Il dit encore:

D'après le «mémoire descriptif», le long plaidoyer et les références à la preuve abondante, il semble que l'invention porte sur l'emploi de particules de bois obtenues par tronçonnage et aux bouts effilés dans les grandeurs mentionnées pour la fabrication de panneaux de fibre, ce qui donne des panneaux relativement bon marché, assez solides pour servir dans la construction, parce que les fibres sont peu endommagées et parce que l'effilage des bouts des particules réduit la quantité de résine nécessaire (substance coûteuse) et enfin grâce au chevauchement découlant de cet effilage.

Et il conclut:

A notre avis, bien que la réduction des dommages subis par les fibres de bois, en tant qu'utilité réalisée par «l'invention», soit «distinctement» revendiquée par le brevet (voir page 1 de l'exemplaire imprimé), l'utilité de la combinaison du tronçonnage au moyen duquel elle est réalisée et l'effilage des bouts des particules ne peut être découverte que par une étude intensive du brevet, si tant est qu'elle le soit. La principale référence qui y soit faite se trouve à la colonne 8 (sur 16 colonnes) dans l'examen d'une application particulière de «l'invention». A notre avis, cela ne constitue pas une indication distincte de l'utilité réelle de l'invention en question qui porterait cette dernière à l'attention du public de la façon exigée par l'article 36. En conséquence, la *Loi sur les brevets* ne confère pas un monopole de l'invention.

The appellant submits that the Court of Appeal made seven fundamental errors: (i) in failing to recognize that a patent specification is not addressed to the public at large but to workmen of ordinary skill in the art; (ii) in confusing the attributes of an "invention" contained in s. 2 of the *Patent Act*, the definition section, with the requirement that s. 36(1) of the Act that the applicant correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor; (iii) in wrongly construing s. 36(1) to require that the attributes of the patentability be set forth in the patent specification, *i.e.* novelty, inventive step and utility; (iv) in confusing the "utility" of an invention with the theory or effect of the invention; (v) in failing to consider the specification as a whole in determining whether it complied with s. 36(1); (vi) in taking an unduly technical approach to the specification in considering whether it complied with s. 36(1) of the Act; (vii) in failing to consider the evidence of persons skilled in the art respecting the sufficiency of the specification.

L'appelante soutient que la Cour d'appel a commis sept erreurs fondamentales: (i) en ne se rendant pas compte que le mémoire descriptif ne s'adresse pas au public en général mais aux ouvriers moyennement versés dans l'art; (ii) en confondant les caractéristiques d'une invention définie à l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, l'article des définitions, avec l'exigence, énoncée au par. 36(1) de la Loi, selon laquelle le requérant doit décrire de façon exacte et complète l'invention et son application ou exploitation, telles que les a conçues l'inventeur; (iii) en interprétant mal le par. 36(1) de façon à exiger que les caractéristiques de brevetabilité soient énoncées dans le mémoire descriptif du brevet, soit la nouveauté, l'ingéniosité et l'utilité; (iv) en confondant l'utilité d'une invention avec son principe ou son effet; (v) en ne considérant pas l'ensemble du mémoire descriptif pour décider s'il se conformait au par. 36(1); (vi) en adoptant une attitude beaucoup trop formaliste pour juger si le mémoire descriptif était conforme au par. 36(1) de la Loi; (vii) en ne tenant pas compte du témoignage de personnes versées dans l'art quant à la conformité du mémoire descriptif.

VI

Section 36 of the *Patent Act* lies at the heart of the whole patent system. The description of the invention therein provided for is the *quid pro quo* for which the inventor is given a monopoly for a limited term of years on the invention. As Fox points out in *Canadian Patent Law and Practice* (4th ed.), p. 163, the grant of a patent is in the nature of a bargain between the inventor on the one hand and the Crown, representing the public, on the other hand. The consideration for the grant is twofold: "first, there must be a new and useful invention, and secondly, the inventor must, in return for the grant of a patent, give to the public an adequate description of the invention with sufficiently complete and accurate details as will enable a workman, skilled in the art to which the invention relates, to construct or use that invention when the period of the monopoly has expired". The "description" to which Fox refers is that required by s. 36 of the *Patent Act*.

VI

L'article 36 de la *Loi sur les brevets* est le pivot de tout le système des brevets. La description de l'invention qui y est faite est la raison pour laquelle l'inventeur obtient un monopole sur l'invention pour un certain nombre d'années. Comme le souligne Fox dans *Canadian Patent Law and Practice* (4e éd.), à la p. 163, l'octroi d'un brevet est une sorte de marché entre l'inventeur d'une part et Sa Majesté, agissant pour le public, d'autre part. L'octroi a deux considérations: [TRADUCTION] «la première, c'est qu'il doit y avoir une invention nouvelle et utile, la seconde, l'inventeur doit, en contrepartie de l'octroi du brevet, fournir au public une description adéquate de l'invention comportant des détails assez complets et précis pour qu'un ouvrier, versé dans l'art auquel l'invention appartient, puisse construire ou exploiter l'invention après la fin du monopole.» La description dont parle Fox est celle qui est exigée par l'art. 36 de la *Loi sur les brevets*.

It cannot be said that s. 36 of the Act is happily phrased. It gives the impression of a mélange of ideas gathered at random rather than an attempt to enunciate, clearly and concisely, a governing principle or principles. This is perhaps understandable in that the section is the product of amendment over a period of many years. The language simply does not lend itself to a tight, literal interpretation. It is, and should be treated as, a parliamentary pronouncement, in general terms, of that which must be set forth by the applicant to the world before being qualified to receive the grant of monopoly under a patent.

All later patent legislation is based upon *The Patent Act of 1869*, 1869 (Can.), c. 11, which in turn followed generally the United States statute of 1836 (5 Stat. 117). The 1869 Act required (s. 14) the specification to describe, correctly and fully, the mode or modes of operating contemplated by the applicant and to state clearly the contrivances and things which he claimed as new, and for the use of which he claimed an exclusive property and privilege. The opening words of the present s. 36(1) and the requirements of s. 36(2) are in much the same language. A new statute was enacted in 1872, amended from time to time, consolidated in 1886, and again in 1906, but with little change in what is now s. 36. In 1923 a new Act was brought into force which adopted the exact words now found at the commencement of s. 36(1). It required the inventor to set forth clearly the various steps in a process and to end the specification with a claim or claims stating distinctly the things or combination of things which the applicant regarded as new and in which he claimed an exclusive property and privilege. There was thus established a distinction between the "claims" and the body of the specification.

In 1935 another *Patent Act* was enacted, s. 35 of which is virtually the same as the present s. 36. Two changes were made, of particular relevance in the present inquiry: (i) it was required that the explanatory steps be addressed to a person skilled in the art—this merely gave statutory recognition to what had always been the common law—and (ii) the concluding words of subs. (1), central to

On ne peut dire que la rédaction de l'art. 36 est heureuse. Elle donne l'impression d'être un brassage d'idées glanées au hasard plutôt qu'un effort pour énoncer, de façon concise et précise, un ou des principes directeurs. C'est peut-être explicable parce que l'article est le fruit de modifications successives au cours des années. Ce texte ne se prête tout simplement pas à une interprétation serrée et littérale. Il est et on doit le lire comme un énoncé du législateur, en termes généraux, de ce que le demandeur doit révéler à la face du monde avant d'être autorisé à obtenir la concession d'un monopole en vertu d'un brevet.

Toute la législation subséquente à l'*Acte des brevets de 1869*, 1869 (Can.), chap. 11, découle de celle-ci laquelle suit de près la loi des États-Unis de 1836 (5 Stat. 117). La Loi de 1869 exigeait (art. 14) que le mémoire descriptif décrive correctement et complètement le ou les modes d'opération envisagés par le demandeur et énonce clairement les inventions et choses qu'il réclame comme nouvelles et dont il réclame la propriété et l'usage exclusifs. Les premiers mots du par. 36(1) actuel et les exigences du par. 36(2) sont exprimés à peu près dans les mêmes termes. Une nouvelle loi a été adoptée en 1872, modifiée à l'occasion et révisée en 1886 et en 1906, mais sans grand changement à ce qui correspond maintenant à l'art. 36. En 1923, une nouvelle loi est entrée en vigueur; elle comportait les mots mêmes qu'on trouve aujourd'hui au début du par. 36(1). Elle exigeait que l'inventeur expose clairement les diverses phases d'un procédé et termine la description par une ou plusieurs revendications énonçant avec précision les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété et le privilège exclusifs. On établissait donc une distinction entre les «revendications» et le corps du mémoire.

En 1935, une autre *Loi sur les brevets* était adoptée dont l'art. 35 était presque le même que le l'art. 36 actuel. Elle apportait deux changements qui sont particulièrement pertinents en l'espèce: (i) elle exigeait que les parties explicatives s'adressent à une personne versée dans l'art, ce qui n'était que la codification de ce qui avait toujours été la règle en *common law*, et (ii) elle ajoute les derniers mots

this appeal, were added, namely "He shall particularly indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention".

It is not entirely clear what was intended to be achieved by the addition of the quoted words. They may have been added *ex abundante cautela*, seeking greater particularity of description, but they appear to be little more than pleonasm, when read with s. 36(2) and the definition of "invention". It is not readily apparent that anything of substance was added in 1935 to that which had been required since 1869. I am therefore of the view that the law laid down by this Court in *Baldwin International Radio Company of Canada, Limited v. Western Electric Company Incorporated, and Northern Electric Company, Limited*[2] is still good law, notwithstanding the changes in the *Patent Act* made in 1935. In *Baldwin* Rinfret J., as he then was, speaking for the Court, referred to s. 14 of the *Patent Act*, (now s. 36) and then said:

> The section requires that:
>
> The specification shall
>
> (*a*) correctly and fully describe the invention and its operation or use as contemplated by the inventor;
>
> (*b*) set forth clearly the various steps in a process, or the method of constructing, making or compounding, a machine, manufacture, or composition of matter;
>
> (*c*) end with a claim or claims stating distinctly the things or combinations which the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property and privilege.

What is required, therefore, under our law, is that the applicant should give a full and correct description of the invention and its operation or use. If the invention is a new process, he should set forth clearly the various steps in the process; if a machine, manufacture, or composition of matter, the specification should explain the method of constructing, making or compounding the same. Then, in every patent, the claim or claims must state distinctly what the applicant regards as new and in which he claims an exclusive property and privilege. If the invention be a new thing, or the improvement of a thing, he must so state; but where the invention consists merely in the new combination of old elements or

[2] [1934] S.C.R. 94.

du par. (1), qui sont de première importance en l'espèce, soit: «Il doit particulièrement indiquer la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention».

Ce qu'on a voulu obtenir en ajoutant les mots cités n'est pas tout à fait clair. Ils ont peut-être été ajoutés *ex abundante cautela*, pour avoir plus de détails dans les descriptions, mais ils semblent presque redondants, si on les rapproche du par. 36(2) et de la définition d'«invention». A première vue, la modification de 1935 n'a rien ajouté en substance à ce qui était requis depuis 1869. Je suis donc d'avis que le droit déterminé par l'arrêt de cette Cour *Baldwin International Radio Company of Canada, Limited c. Western Electic Company Incorporated, et Northern Electric Company Limited*[2], est encore valable, malgré les modifications apportées à la *Loi sur les brevets* en 1935. Dans l'arrêt *Baldwin*, le juge Rinfret, alors juge puîné, dit, au nom de la Cour, à propos de l'art. 14 de la *Loi sur les brevets* (aujourd'hui l'art. 36):

> [TRADUCTION] L'article dispose que:
>
> La demande doit
>
> *a*) donner une explication exacte et complète de l'invention et de son application ou exploitation telles que projetées par l'inventeur;
>
> *b*) exposer clairement les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection ou de réunion d'une machine, d'une fabrication ou d'une composition de matières;
>
> *c*) se terminer par une ou plusieurs revendications énonçant avec précision les choses ou combinaisons que le demandeur considère comme nouvelles et dont il revendique la propriété et le privilège exclusifs.

Ce qui est exigé c'est donc, selon notre droit, que le demandeur fournisse une description complète et exacte de l'invention et de son application ou exploitation. Si l'invention consiste en un nouveau procédé, il doit en exposer clairement les diverses phases; s'il s'agit d'une machine, de la fabrication ou d'une composition de matières, le mémoire doit en expliquer le mode de construction, de confection ou de réunion. Ensuite, dans tout brevet, là ou les revendications doivent énoncer avec précision ce que le demandeur considère comme nouveau et dont il revendique la propriété et le privilège exclusifs. Si l'invention consiste en une chose nouvelle ou en l'amélioration d'une chose, il doit en faire état, mais

[2] [1934] R.S.C. 94.

devices, such combination is sufficiently described if the elements or devices of which it is composed are all named and their mode of operation given and the new and useful result to be accomplished pointed out (Compare: *Bates v. Coe*, (1878) 98 U.S. 31). It is only if the applicant desires to claim invention for a subordinate element *per se* that it is necessary for him to claim the element separately, if he wishes to secure in it an exclusive property and privilege. [at p. 105]

In essence, what is called for in the specification (which includes both the "disclosure", *i.e.* the descriptive portion of the patent application, and the "claims") is a description of the invention and the method of producing or constructing it, coupled with a claim or claims which state those novel features in which the applicant wants an exclusive right. The specifications must define the precise and exact extent of the exclusive property and privilege claimed.

Section 36(1) seeks an answer to the questions: "What is your invention? How does it work?" With respect to each question the description must be correct and full in order that, as Thorson P. said in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines, Limited*[3]:

... when the period of monopoly has expired the public will be able, having only the specification, to make the same successful use of the invention as the inventor could at the time of his application. [at p. 316]

We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance, (*Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation*[4]), being neither benevolent nor harsh, but rather seeking a construction which is reasonable and fair to both patentee and public. There is no occasion for being too astute or technical in the matter of objections to either title or specification for, as Duff C.J.C. said, giving the judgment of the Court in *Western Electric Company, Incorpo-*

[3] [1947] Ex. C.R. 306.
[4] [1950] S.C.R. 36.

si l'invention consiste seulement en une combinaison nouvelle d'éléments ou d'appareils connus, cette combinaison est suffisamment décrite si les éléments ou appareils dont elle se compose sont tous nommés, si le mode d'opération en est donné et si le nouveau résultat utile qu'elle doit procurer est signalé (Comparer avec *Bates v. Coe*, (1878) 98 U.S. 31). C'est seulement si le demandeur veut revendiquer l'invention d'un élément inclus pour l'élément lui-même qu'il devient nécessaire au demandeur de revendiquer l'élément séparément, s'il veut en obtenir la propriété et le privilège exclusifs. [à la p. 105]

Essentiellement, ce qui doit figurer dans le mémoire descriptif (qui comprend à la fois la divulgation, c.-à-d., la partie descriptive de la demande de brevet, et les revendications) c'est une description de l'invention et de la façon de la produire ou de la construire, à laquelle s'ajoute une ou plusieurs revendications qui exposent les aspects nouveaux pour lesquels le demandeur demande un droit exclusif. Le mémoire descriptif doit définir la portée exacte et précise de la propriété et du privilège exclusifs revendiqués.

Le paragraphe 36(1) cherche à répondre aux questions suivantes: «En quoi consiste votre invention? Comment fonctionne-t-elle? Quant à chacune de ces questions, la description doit être exacte et complète de sorte que, comme l'exprime le président Thorson dans *Minerals Separation North American Corporation c. Noranda Mines, Limited*[3].

[TRADUCTION] ... une fois la période de monopole terminée, le public puisse, en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur, à l'époque de la demande. [à la p. 316]

Il faut considérer l'ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l'invention et son mode de fonctionnement, (*Noranda Mines Limited c. Minerals Separation North American Corporation*)[4], sans être ni indulgent ni dur, mais plutôt en cherchant une interprétation qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public. Ce n'est pas le moment d'être trop rusé ou formaliste en matière d'oppositions soit au titre ou au mémoire descriptif puisque, comme le dit le juge

[3] [1947] R.C. de l'É. 306.
[4] [1950] R.C.S. 36.

rated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada[5], at p. 574, "where the language of the specification, upon a reasonable view of it, can be so read as to afford the inventor protection for that which he has actually in good faith invented, the court, as a rule, will endeavour to give effect to that construction". Sir George Jessel spoke to like effect at a much earlier date in *Hinks & Son v. Safety Lighting Company*[6]. He said the patent should be approached "with a judicial anxiety to support a really useful invention".

In light of the foregoing I turn again to the judgment of the Federal Court of Appeal. With great respect, in my opinion that Court erred in two fundamental respects in overturning the judgment of Collier J. The Court reversed, as I understand the judgment, for the reason that the applicant had not made distinctly clear (1) to the public (2) the utility of the invention. In his reasons for judgment, Chief Justice Jackett stated in a passage which I repeat for ease of reference:

> In our view, having regard to the obvious object of section 36 of making "patent" to the public (as a consideration for the monopoly) all aspects of the invention (in the sense defined by section 2 of the *Patent Act*) and particularly its utility, there is no compliance with that section unless the applicant in his specification *distinctly* claims the "part, improvement or combination which he claims" having "correctly and fully" described, *inter alia*, its utility. [The underlining is my own.]

In my view it is a well established principle that a patent specification is addressed, not to the public generally, but to persons skilled in the particular art. I am further of the opinion that s. 36(1) does not impose upon a patentee the obligation of establishing the utility of the invention.

The first error, therefore, which I believe the Court committed in interpreting s. 36(1) involves the adoption of different standards of disclosure for different parts of the section; in other words, a double standard of disclosure. The Appeal Court

[5] [1934] S.C.R. 570.
[6] (1876), 4 Ch. D. 607.

en chef Duff, au nom de la Cour, dans l'arrêt *Western Electric Company, Incorporated, et Northern Electric Company c. Baldwin International Radio of Canada*[5], à la p. 574: [TRADUCTION] «quand le texte du mémoire descriptif, interprété de façon raisonnable, peut se lire de façon à accorder à l'inventeur l'exclusivité de ce qu'il a inventé de bonne foi, la Cour, en règle générale, cherche à mettre cette interprétation à effet». Sir George Jessel a dit à peu près la même chose il y a beaucoup plus longtemps dans l'arrêt *Hinks & Son v. Safety Lighting Company*[6]. Il a dit que l'on devait aborder le brevet «avec le souci judiciaire de confirmer une invention vraiment utile».

A la lumière de ce qui précède, je reviens à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale. Avec égards, à mon avis, la Cour d'appel a commis une erreur sur deux points fondamentaux en renversant la décision du juge Collier. La Cour l'a renversée parce que, si je comprends bien l'arrêt, le demandeur n'avait pas rendu manifestement claire (1) pour le public (2) l'utilité de l'invention. Dans ses motifs de jugement le juge en chef Jackett dit dans un extrait que je reprends ici pour faciliter le renvoi:

> A notre avis, compte tenu du but évident de l'article 36 qui vise à rendre accessible au public (en contrepartie du monopole) tous les aspects de l'invention (au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*) et particulièrement son utilité, le demandeur ne se conforme à cet article que si, dans son mémoire descriptif, il revendique *distinctement* «la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame» avoir «décrit d'une façon exacte et complète», entre autre son utilité. [C'est moi qui souligne.]

A mon avis, c'est un principe fermement établi que le mémoire descriptif d'un brevet ne s'adresse pas au public, mais à une personne versée dans l'art en cause. De plus je suis convaincu que le par. 36(1) n'impose pas au breveté l'obligation de prouver l'utilité de son invention.

Donc la première erreur, selon moi, que la Cour a commise en interprétant le par. 36(1) a été d'adopter des critères différents de divulgation pour les différentes parties du paragraphe; en d'autres termes, d'imposer un double standard de

[5] [1934] R.C.S. 570.
[6] (1876), 4 Ch. D. 607.

interpreted s. 36(1) as falling into two distinct parts, the first part involving the "various steps in a process, or the method of constructing, making, compounding or using a machine, manufacture or composition of matter . . .". In the footnote to which I have referred, the Court holds that this portion of the specification is directed toward someone skilled in the art. The second part of the specification, involving a distinct claim of "the part, improvement or combination which he claims as his invention" is directed, in the view of the Court, toward a member of the ordinary public. In short, Jackett C.J. split s. 36(1) into two parts: (i) the setting forth of the various steps in a process, where the test is whether a person skilled in the art would understand it; (ii) the claims, where the test is whether a member of the public would understand it.

Jackett C.J. attempted to distinguish *Sandoz Patents Limited v. Gilcross Limited, formerly Jules R. Gilbert Limited*[7] on the ground that in *Sandoz* this Court was concerned with (i) above, and hence the "skilled artisan" test applied. This is a razor-sharp distinction, which I do not think is borne out by the broad language of Mr. Justice Pigeon in *Sandoz*. Pigeon J. was clearly opposed to the striking out of the patents on technical grounds. In *Sandoz* he said at p. 1347:

It does not appear to me that a patent should be invalidated on account of such a technicality and I do not think that s. 36(1) so requires. A specification is addressed to persons skilled in the art and, therefore, is to be construed by the standard of what such a person would understand on reading it.

An even clearer statement is made by him in *Burton Parsons Chemicals, Inc. et al. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd. et al.*[8] at p. 563:

While the construction of a patent is for the Court, like that of any other legal document, it is however to be done on the basis that the addressee is a man skilled in

[7] [1974] S.C.R. 1336.
[8] [1976] 1 S.C.R. 555.

divulgation. La Cour d'appel a jugé que le par. 36(1) se divisait en deux parties distinctes, la première portant sur «les diverses phases d'un procédé, ou le mode de construction, de confection, de composition ou d'utilisation d'une machine, d'un objet manufacturé ou d'un composé de matières . . .». Dans la note en bas de page dont j'ai parlé, la Cour conclut que cette partie du mémoire descriptif s'adresse à quelqu'un versé dans l'art. La seconde partie du mémoire descriptif, celle qui comporte la revendication claire de «la partie, . . . [du] perfectionnement ou [de] la combinaison qu'il réclame comme son invention» s'adresse, selon la Cour, au public en général. En résumé, le juge en chef Jackett divise le par. 36(1) en deux parties: (i) l'énoncé des diverses phases d'un procédé, à laquelle le critère à appliquer est de savoir si une personne versée dans l'art le comprendrait (ii) les revendications auxquelles le critère à appliquer est de savoir si quelqu'un du public en général les comprendrait.

Le juge en chef Jackett a voulu faire une distinction avec l'arrêt *Sandoz Patents Limited c. Gilcross Limited, ci-devant Jules R. Gilbert Limited*[7], parce que dans l'arrêt *Sandoz* cette Cour traitait de la partie (i) ci-dessus et qu'en conséquence le critère de «l'artisan habile» s'appliquait. C'est là une distinction très ténue que ne justifient pas les termes généraux employés par le juge Pigeon dans l'arrêt *Sandoz*. Le juge Pigeon était nettement opposé à l'idée de déclarer le brevet nul pour des motifs formalistes. Dans l'arrêt *Sandoz*, il dit, à la p. 1347:

Il ne me paraît pas qu'il faille invalider un brevet en raison d'un détail de forme de ce genre et je ne crois pas que le par. (1) de l'art. 36 l'exige. Le mémoire descriptif est rédigé à l'intention des personnes versées dans l'art et, par conséquent, il doit s'interpréter en tenant compte de ce que pareille personne comprendra en le lisant.

Il s'exprime encore plus clairement dans l'arrêt *Burton Parsons Chemicals, Inc. et autre c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd. et autre*[8], à la p. 563:

Même si la Cour doit interpréter un brevet comme tout autre document juridique, cette interprétation doit se faire en tenant compte du fait que le destinataire est un

[7] [1974] R.C.S. 1336.
[8] [1976] 1 R.C.S. 555.

the art and the knowledge such a man is expected to possess is to be taken into consideration.

See also Pigeon J. in *Monsanto Company v. Commissioner of Patents*[9], at p. 1113, referring to his previous judgment in *Sandoz*. These statements are simply not compatible with the approach of the Federal Court of Appeal.

It is, in my view, contrary to the spirit of these judgments to split up s. 36(1) into parts and require a different standard for each part. To quote Fox, *ibid*, at p. 204:

The persons to whom the specification is addressed are "ordinary workmen", ordinarily skilled in the art to which the invention relates and possessing the ordinary amount of knowledge incidental to that particular trade. The true interpretation of the patent is to be arrived at by a consideration of what a competent workman reading the specification at its date would have understood it to have disclosed and claimed.

The rule had been explicitly endorsed by this Court in the earlier case of *Western Electric Co. v. Baldwin International Radio of Canada, supra.* Chief Justice Duff referred with approval at p. 571 of the report to the statement by Lord Halsbury in *Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.*[10] at pp. 95-6 as follows:

*** if one has to look at first principles and see what the meaning of the specification is *** why is a specification necessary? It is a bargain between the State and the inventor: the State says, "If you will tell what your invention is and if you will publish that invention in such a form and in such a way as to enable the public to get the benefit of it, you shall have a monopoly of that invention for a period of fourteen years." That is the bargain. The meaning which I think, in my view of the patent law, has always been placed on the object and purpose of a specification, is that it is to enable, not anybody, but a reasonably well informed artisan dealing with a subject-matter with which he is familiar, to make the thing, so as to make it available for the public at the end of the protected period.

and

The question here is whether that has been done. Now it appears to me that the mode in which one ought to

[9] [1979] 2 S.C.R. 1108.
[10] (1902), 20 R.P.C. 77.

homme de l'art, et en tenant compte également du savoir que cet homme est censé posséder.

Voir aussi ce que dit le juge Pigeon dans l'arrêt *Monsanto Company c. Commissaire des brevets*[9], à la p. 1113, alors qu'il cite ses propres motifs dans l'arrêt *Sandoz*. Ces énoncés sont nettement incompatibles avec l'attitude adoptée par la Cour d'appel fédérale.

Il me paraît contraire à l'esprit de ces arrêts de séparer le par. 36(1) en deux parties et de fixer un critère différent pour chacune. Fox, *ibid.*, dit encore, à la p. 204:

[TRADUCTION] Les personnes à qui le mémoire descriptif s'adresse sont «des travailleurs moyens» doués d'habiletés moyennes dans l'art dont l'invention relève et possédant les connaissances générales moyennes qu'ont les gens de ce domaine d'activité précis. On arrive à la bonne interprétation du brevet en tenant compte de ce qu'un ouvrier habile qui aurait lu le mémoire descriptif à l'époque aurait jugé divulgué et revendiqué par le mémoire.

La Cour a expressément adopté cette règle dans l'arrêt antérieur *Western Electric Co. c. Baldwin International Radio of Canada*, précité. Le juge en chef Duff cite et suit, à la p. 571 du recueil, l'affirmation suivante de lord Halsbury dans l'arrêt *Tubes, Ld. v. Perfecta Seamless Steel Tube Company, Ld.*[10], aux pp. 95 et 96:

[TRADUCTION] *** s'il faut considérer les principes de base et trouver quel est le sens d'un mémoire descriptif *** pourquoi le mémoire descriptif est-il nécessaire? C'est un marché entre l'État et l'inventeur: l'État dit: «Si vous me dites en quoi consiste votre invention et si vous consentez à divulguer cette invention dans la forme et de la manière qui permettront au public d'en profiter, vous aurez le monopole de cette invention pendant quatorze ans.» C'est là le marché. La portée que, d'après mon interprétation du droit sur les brevets, on a toujours attachée à l'objet et au but du mémoire descriptif, est de permettre non pas à n'importe qui, mais à un ouvrier raisonnablement bien renseigné dans le domaine de son expertise de fabriquer la chose de façon à la rendre disponible au public à la fin de la période de monopole.

et

La question qui se pose ici est de savoir si c'est ce qui a été fait. A mon sens, pour répondre à cette question il

[9] [1979] 2 R.C.S. 1108.
[10] (1902), 20 R.P.C. 77.

face that question is to look—and I should say so not only of the specification of a patent, but of every instrument—at the whole of the instrument to see what it means—not to take one isolated passage out of it and make that inconsistent with the general invention, but to see substantially what the inventor really means, and when you arrive at that, then see whether the language is within the test that I have suggested as the proper test to apply to such a specification and is such as will enable a typical workman to give the public the benefit of the invention. [Emphasis added.]

Thorson P., an authority in these matters, provided ample support for the above in *Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Limited, supra:*

When it is said that a specification should be so written that after the period of monopoly has expired the public will be able, with only the specification, to put the invention to the same successful use as the inventor himself could do, it must be remembered that the public means persons skilled in the art to which the invention relates, for a patent specification is addressed to such persons. In the present case, the specification is addressed to such persons as skilled metallurgists and chemists engaged in the art of froth flotation concentration of ores. It should, therefore, be looked at through their eyes and read in the light of the common knowledge which they should possess. [at pp. 317-8]

The Exchequer Court decision was overturned on other grounds in this Court [1950] S.C.R. 36, and that disposition was confirmed by Privy Council, but the above statement has never been doubted.

Indeed, the respondent accepts in his factum that the specification is addressed to a workman skilled in the art. In discussion of another issue (the alleged overlap between the patents owned by the appellant and Canadian Patent 621,795) the respondent states that the "proper question" is whether Patent 621,795, "to a person skilled in the art", is clearly distinguishable from the patents in suit (at p. 17). To the extent that the Federal Court of Appeal held that s. 36(1) of the *Patent Act* requires a disclosure of the invention, including its utility, to the public as unskilled or uninformed laymen, such finding, in my view, is contrary to law. There is but a single test, and that test is whether the specification adequately

faut considérer—et je dirais que cela s'applique non seulement au mémoire descriptif d'un brevet, mais à tout document—l'ensemble du document pour découvrir ce qu'il veut dire—il ne faut pas en prendre un passage isolé du reste et le déclarer incompatible avec l'invention dans son ensemble, mais voir l'essentiel de ce que l'inventeur veut dire en réalité et, une fois arrivé à cette étape, voir si le texte répond au critère que j'ai proposé comme celui qui s'applique à un tel mémoire descriptif et s'il permettra à un artisan moyen de rendre l'invention disponible au public. [C'est moi qui souligne.]

Le président Thorson, qui fait autorité dans ce domaine, confirme amplement l'opinion ci-dessus dans *Minerals Separation North American Corporation c. Noranda Mines Limited*, précité:

[TRADUCTION] Lorsqu'on dit qu'un mémoire descriptif devrait être rédigé de façon à ce que, une fois la période de monopole terminée, le public puisse, en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur, on doit se rappeler que le public désigne les personnes versées dans l'art auquel se rapporte l'invention, car un mémoire descriptif de brevet s'adresse à de telles personnes. En l'espèce, le mémoire descriptif s'adresse à des personnes telles que des métallurgistes et chimistes habiles, versés dans l'art de concentrer des minerais par la flottation d'écume. Par conséquent, on devrait le considérer sous cet angle et le lire à la lumière des connaissances communes de l'art que ces personnes devraient avoir. [aux pp. 317 et 318]

La décision de la Cour de l'Échiquier a été renversée par cette Cour pour d'autres motifs [1950] R.C.S. 36, et le Conseil privé a confirmé l'arrêt de cette Cour, mais l'énoncé ci-dessus n'a jamais été mis en doute.

A vrai dire, l'intimée reconnaît dans son factum que le mémoire descriptif s'adresse à un ouvrier versé dans l'art. Dans l'argumentation d'un autre point (le recoupement qu'il y aurait entre les brevets appartenant à l'appelante et le brevet canadien nº 621,795) l'intimée affirme que la question pertinente est celle de savoir si le brevet nº 621,795 est, [TRADUCTION] «pour une personne versée dans l'art», nettement distinguable des brevets contestés (à la p. 17). Dans la mesure où la Cour d'appel fédérale a statué que le par. 36(1) de la *Loi sur les brevets* exige la divulgation d'une invention, y compris son utilité, au public en tant que personnes sans habiletés ni connaissances spéciales, une telle conclusion est, à mon avis, con-

describes the invention for a person skilled in the art, though, in the case of patents of a highly technical and scientific nature, that person may be someone possessing a high degree of expert scientific knowledge and skill in the particular branch of science to which the patent relates. It might be added that there was no evidence by the respondent as to any respect in which the specifications of the two patents in issue would have been considered deficient by a workman of ordinary skill in the art.

In my respectful opinion the Federal Court of Appeal erred also in holding that s. 36(1) requires distinct indication of the real utility of the invention in question. There is a helpful discussion in *Halsbury's Laws of England*, (3rd ed.), vol. 29, at p. 59, on the meaning of "not useful" in patent law. It means "that the invention will not work, either in the sense that it will not operate at all or, more broadly, that it will not do what the specification promises that it will do". There is no suggestion here that the invention will not give the result promised. The discussion in *Halsbury's Laws of England, ibid.*, continues:

> ... the practical usefulness of the invention does not matter, nor does its commercial utility, unless the specification promises commercial utility, nor does it matter whether the invention is of any real benefit to the public, or particularly suitable for the purposes suggested. [Footnotes omitted.]

and concludes:

> ... it is sufficient utility to support a patent that the invention gives either a new article, or a better article, or a cheaper article, or affords the public a useful choice. [Footnotes omitted.]

Canadian law is to the same effect. In *Rodi & Wienenberger A.G. v. Metalliflex Limited*[11], (affirmed in this Court [1961] S.C.R. 117) the Quebec Court of Appeal adopted at p. 53 the

[11] (1959), 19 Fox Pat. C. 49.

traire au droit. Il n'y a qu'un seul critère et c'est celui de savoir si le mémoire descriptif décrit adéquatement l'invention pour une personne versée dans l'art, même si dans le cas de brevets de nature hautement technique et scientifique, cette personne peut être quelqu'un qui possède un niveau élevé de connaissances scientifiques spécialisées et d'expertise dans le domaine spécifique des sciences dont relève le brevet. On pourrait ajouter que l'intimée n'a présenté aucun élément de preuve sur les points à l'égard desquels les mémoires descriptifs des deux brevets contestés pourraient être jugés insuffisants par un ouvrier moyennement versé dans l'art.

Avec tous égards, je suis d'avis que la Cour d'appel fédérale a aussi commis une erreur en jugeant que le par. 36(1) exige une indication distincte de l'utilité réelle de l'invention en cause. Il y a un exposé utile dans *Halsbury's Laws of England*, (3e éd.), vol. 29, à la p. 59 sur le sens de «inutile» en droit des brevets. Le terme signifie [TRADUCTION] «que l'invention ne fonctionnera pas, dans le sens qu'elle ne produira rien du tout ou, dans un sens plus général, qu'elle ne fera pas ce que le mémoire descriptif prédit qu'elle fera». On n'a pas prétendu que l'invention ne produirait pas les résultats promis. L'exposé dans *Halsbury's Laws of England* (*ibid.*) poursuit:

> [TRADUCTION] ... ce n'est pas l'utilité pratique de l'invention ni son utilité commerciale qui importe à moins que le mémoire descriptif ne laisse prévoir une utilité commerciale, il n'importe pas plus que l'invention apporte un avantage réel au public ni qu'elle soit particulièrement adaptée au but visé. [Les notes en bas de pages ont été omises.]

et il conclut:

> [TRADUCTION] ... il y a suffisamment d'utilité pour justifier un brevet si l'invention donne soit un objet nouveau ou meilleur ou moins dispendieux ou si elle accorde au public un choix utile. [Les notes en bas de pages ont été omises.]

Le droit canadien est au même effet. Dans l'arrêt *Rodi & Wienenberger A.G. v. Metalliflex Limited*[11] (confirmé en cette Cour [1961] R.C.S. 117), la Cour d'appel du Québec a, à la p. 53, suivi

[11] (1959), 19 Fox Pat. C. 49.

following quotation from the case of *Unifloc Reagents, Ld. v. Newstead Colliery, Ld.*[12] at p. 184:

> If when used in accordance with the directions contained in the specification the promised results are obtained, the invention is useful in the sense in which that term is used in patent law. The question to be asked is whether, if you do what the specification tells you to do, you can make or do the thing which the specification says that you can make or do.

Although (i) s. 36(1) requires the inventor to indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention and (ii) to be patentable an invention must be something new and useful (s. 2), and not known or used by any other person before the applicant invented it (s. 28(1)(*a*)), I do not read the concluding words of s. 36(1) as obligating the inventor in his disclosure or claims to describe in what respect the invention is new or in what way it is useful. He must say what it is he claims to have invented. He is not obliged to extol the effect or advantage of his discovery, if he describes his invention so as to produce it.

As Thorson P. stated in *R. v. American Optical Company et al.*[13] at p. 85:

> Nor is it any objection to the sufficiency of the disclosures that the advantages of the invention as enumerated by Professor Price were not set out in the specification . . . If an inventor has adequately defined his invention he is entitled to its benefit even if he does not fully appreciate or realize the advantages that flow from it or cannot give the scientific reasons for them. It is sufficient if the specification correctly and fully describes the invention and its operation or use as contemplated by the inventor, so that the public, meaning thereby persons skilled in the art, may be able, with only the specification, to use the invention as successfully as the inventor could himself.

The respondent contends that the issue here is not the utility of the patentee's invention but the statutory requirement that the patentee in his specification correctly and fully describe the inven-

[12] (1943), 60 R.P.C. 165.
[13] (1950), 11 Fox Pat. C. 62.

la décision *Unifloc Reagents, Ld. v. Newstead Colliery, Ld.*[12], dont elle cite l'extrait suivant, à la p. 184:

> [TRADUCTION] Si, quand on l'utilise conformément aux instructions données dans le mémoire descriptif, l'invention produit les résultats promis, elle est utile au sens où ce terme est employé dans le droit des brevets. La question à se demander est celle de savoir si l'on fait ou réalise ce que le mémoire descriptif dit de faire, on peut faire ou réaliser ce que le mémoire descriptif dit qu'on peut faire ou réaliser.

Même si (i) le par. 36(1) exige que l'inventeur indique et revendique distinctement la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention et si (ii) pour être brevetable une invention doit consister en quelque chose de nouveau et d'utile (art. 2) qui n'était pas connue ou utilisée par une autre personne avant que l'inventeur l'ait faite (al. 28(1)*a*)), je ne donne pas aux derniers mots du par. 36(1) une interprétation qui oblige l'inventeur à décrire, dans sa divulgation ou ses revendications, en quoi l'invention est nouvelle et de quelle manière elle est utile. Il doit dire ce qu'il revendique avoir inventé. Il n'est pas obligé de vanter l'effet ou l'avantage de sa découverte s'il décrit son invention de manière à le produire.

Comme le dit le président Thorson dans *R. v. American Optical Company et al.*[13], à la p. 85:

> [TRADUCTION] On ne peut pas opposer non plus au caractère suffisant de la divulgation que les avantages de l'invention énoncés par le professeur Price n'ont pas été mentionnés dans le mémoire descriptif . . .. Si un inventeur a adéquatement décrit son invention, il a droit d'en jouir même s'il n'apprécie ni ne réalise pleinement les avantages qui en découlent ou s'il ne peut fournir l'explication scientifique de ces derniers. Il suffit que le mémoire descriptif décrive de façon complète et correcte l'invention et son emploi ou fonctionnement prévus par l'inventeur de telle sorte que le public, c.-à-d. les personnes versées dans l'art, puisse, en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur.

L'intimée soutient que ce qui est en cause ici ce n'est pas l'utilité de l'invention du titulaire de brevet, mais l'exigence qu'impose la loi au titulaire de décrire pleinement et correctement l'invention

[12] (1943), 60 R.P.C. 165.
[13] (1950), 11 Fox Pat. C. 62.

tion and (i) distinguish the invention from other inventions and (ii) particularly indicate and distinctly claim the part or improvement which he claims as his invention. Point (i) only arises in the case of a "process" invention. The trial judge found that neither of the patents in suit related to a "process" invention and I am prepared to accept that finding. The Court of Appeal found that what was involved here was a "product" and "composition of matter" or improvement. Point (ii) rests on the submission that compliance with s. 36(1) includes the requirement of a clear and distinct recitation of the utility and novelty of the invention as part of the specification. The respondent relies upon *Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation, supra.* In that case Thorson J. referred to the specification being "so written that after the period of monopoly has expired the public will be able, with only the specification, to put the invention to the same successful use as the inventor himself could do" but I do not find support in the case for the proposition in support of which the case is cited by the respondent.

With respect, I agree with the submission of counsel for the appellant that the Federal Court of Appeal has confused the requirement of s. 2 of the *Patent Act* defining an invention as new and "useful", with the requirement of s. 36(1) of the *Patent Act* that the specification disclose the "use" to which the inventor conceived the invention could be put. The first is a condition precedent to an invention, and the second is a disclosure requirement, independent of the first.

VII

Having concluded that the Federal Court of Appeal erred in overturning Collier J. on the "utility" ground, it will be necessary to consider two alternative defences put forward by the respondent. The first arises from ss. 28 (1)(*a*) and 63(1)(*b*) of the *Patent Act* which read:

et (i) de la distinguer des autres inventions et (ii) de particulièrement indiquer et distinctement revendiquer la partie ou le perfectionnement qu'il réclame comme son invention. Le point (i) ne s'applique que s'il s'agit d'une invention de procédé. Le juge de première instance a conclu que ni l'un ni l'autre des brevets contestés ne se rapportaient à une invention de procédé et j'accepte volontiers cette conclusion. La Cour d'appel a jugé que ce qui était en cause ici était un «produit» ou «composition de matières» ou leur amélioration. Le point (ii) s'appuie sur la prétention que pour se conformer au par. 36(1), il est nécessaire de mentionner clairement et distinctement l'utilité et la nouveauté de l'invention comme partie intégrante du mémoire descriptif. L'intimée invoque l'arrêt *Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation*, précité. Dans cet arrêt le juge Thorson a mentionné que le mémoire descriptif doit «être rédigé de façon à ce que, une fois la période de monopole terminée, le public puisse en n'ayant que le mémoire descriptif, utiliser l'invention avec le même succès que l'inventeur» mais je ne trouve rien dans cette affaire qui appuie la conclusion au soutien de laquelle l'intimée cite l'affaire.

Avec égards, j'accepte l'argument de l'avocat de l'appelante selon lequel la Cour d'appel fédérale a confondu l'exigence de l'art. 2 de la *Loi sur les brevets*, qui définit une invention comme une chose nouvelle et «utile» et celle du par. 36(1) de la *Loi sur les brevets* selon laquelle le mémoire descriptif doit faire état de l'usage auquel l'inventeur a prévu employer l'invention. La première est une condition essentielle pour qu'il y ait invention, la seconde est une exigence de divulgation, indépendante de la première.

VII

Ayant conclu que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en renversant la décision du juge Collier sur le point de «l'utilité», je dois examiner deux moyens subsidiaires de défense avancés par l'intimée. Le premier découle des al. 28(1)*a*) et 63(1)*b*) de la *Loi sur les brevets* ainsi libellés:

28. (1) Subject to the subsequent provisions of this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

(*a*) not known or used by any other person before he invented it,

. . .

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting forth the facts (in this Act termed the filing of the application) and on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in such invention.

63. (1) No patent or claim in a patent shall be declared invalid or void on the ground that, before the invention therein defined was made by the inventor by whom the patent was applied for, it had already been known or used by some other person, unless it is established either that

. . .

(*b*) such other person had, before the issue of the patent, made an application for patent in Canada upon which conflict proceedings should have been directed, or that

In addition to the two patents in suit, Dr. Clark had earlier filed an application for "Defibering Woody Materials and Apparatus Therefor". The application was filed as No. 621,795 on April 19, 1950, and Dr. Clark and one Arthur Mottet were said to be the inventors of the product. As the trial judge found, there is an "obvious kinship" between the 795 patent and the patents in suit. The 795 patent describes a procedure whereby fibrous woody products are manufactured by crosscutting and then reduced by a secondary milling procedure. The 'thin slices or wafers' are later consolidated into a product called 'hardboard'.

The respondent contends that the invention disclosed by 621,795 is identical with the inventions disclosed by 813 and 618. Therefore, it is urged, (i) the patents in suit violate s. 28 of the *Patent Act* and are invalid; (ii) the specifications in the two patents in suit are insufficient and accordingly the patents are invalid.

28 (1) Sous réserve des dispositions subséquentes du présent article, l'auteur de toute invention ou le représentant légal de l'auteur d'une invention qui

a) n'était pas connue ou utilisée par une autre personne avant que lui-même l'ait faite,

. . .

peut, sur présentation au commissaire d'une pétition exposant les faits (ce que la présente loi indique comme «le dépôt de la demande») et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l'exclusive propriété de cette invention.

63 (1) Aucun brevet ou aucune revendication dans un brevet ne doit être déclaré invalide ou nul pour la raison que l'invention qui y est décrite était déjà connue ou exploitée par une autre personne avant d'être faite par l'inventeur qui en a demandé le brevet, à moins qu'il ne soit établi

. . .

b) que cette autre personne avait, avant la délivrance du brevet, fait une demande pour obtenir au Canada un brevet qui aurait dû donner lieu à des procédures en cas de conflit, ou

En plus des deux brevets contestés, le Dr Clark avait déjà déposé une demande de brevet pour [TRADUCTION] «Le défibrage des matériaux ligneux et l'appareil pour le faire». La demande a été déposée sous le nº 621,795, le 19 avril 1950, le Dr Clark et un nommé Arthur Mottet y sont désignés comme les inventeurs du matériau. Comme le constate le juge de première instance, il y a une [TRADUCTION] «parenté manifeste» entre le brevet 795 et les brevets contestés. Le brevet 795 décrit la méthode par laquelle on produit un matériau en bois fibreux par tronçonnage qui est ensuite réduit par une opération subséquente d'usinage. Les minces copeaux ou aiguillettes sont plus tard agglomérés en un produit appelé «panneau ridige».

L'intimée soutient que l'invention divulguée par le brevet nº 621,795 est identique à celles divulguées aux brevets 813 et 618. On prétend, en conséquence, (i) que les brevets contestés contreviennent à l'art. 28 de la *Loi sur les brevets* et sont invalides; (ii) que les mémoires descriptifs des deux brevets contestés sont insuffisants et qu'en conséquence les brevets sont invalides.

Section 28(1) of the *Patent Act* requires, in part, that an individual may only obtain a patent for an invention if that invention was not "known or used by any other person before he invented it". Section 63(1) of the Act limits the meaning of the phrase "known or used by any other person".

Section 63(1)(*b*) applies only in cases where "conflict proceedings should have been directed". Section 45(1) states the standard to be applied by the Commissioner of Patents in determining whether a conflict exists:

45. (1) Conflict between two or more pending applications exists

(*a*) when each of them contains one or more claims defining substantially the same invention, or

(*b*) when one or more claims of one application describe the invention disclosed in the other application.

The respondent contends that Patent 795 is for 'substantially the same invention' as Patents 618 and 813. The application for Patent 795 was filed a full three years before the applications for the latter two patents. Thus the inventions in these latter two patents were known or used by some other person prior to their invention, this 'other person' being Arthur Mottet, the co-applicant for Letters Patent 795.

The same argument was raised at trial and rejected by the trial judge. In accordance with the statutory provisions just outlined, Collier J. compared the claims of the three patents in order to determine whether the claims defined or described 'substantially the same invention'. He dismissed the argument with these words:

Patent 621,795 describes a method of cutting or producing woody materials, first by crosscutting, then separating the product into fine and coarse fractions, then milling the coarse fractions to reduce their size without excessive breaking across their length. The size (thickness, length, width, etc.) of the fibrous material or flakes (whatever they might be called) are not described or specified. There is no reference at all to the use of resin or what amounts of binder might be required to produce boards.

Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur les brevets* décrète notamment qu'une personne peut n'obtenir un brevet que pour une invention que si celle-ci «n'était pas connue ou utilisée par une autre personne avant qu' ... [elle-même] l'ait faite». Le paragraphe 63(1) de la Loi restreint le sens de «connue ou utilisée par une autre personne».

L'alinéa 63(1)*b*) ne s'applique que dans les cas qui auraient «dû donner lieu à des procédures en cas de conflit». Le paragraphe 45(1) énonce le critère que le commissaire des brevets doit appliquer pour déterminer s'il y a conflit:

45 (1) Se produit un conflit entre deux ou plusieurs demandes pendantes

a) lorsque chacune d'elles contient une ou plusieurs revendications qui définissent substantiellement la même invention, ou

b) lorsqu'une ou plusieurs revendications d'une même demande décrivent l'invention divulguée dans l'autre ou les autres demandes.

L'intimée soutient que le brevet 795 couvre «substantiellement la même invention» que les brevets 618 et 813. La demande du brevet 795 a été déposée pas moins de trois ans avant la demande des deux autres brevets. Donc les inventions visées par ces deux derniers brevets ont été connues et utilisées par quelqu'un d'autre avant leur invention, cette autre personne étant Arthur Mottet, le codemandeur du brevet 795.

Le même moyen a été proposé en première instance et rejeté par le juge. Conformément aux dispositions précitées de la loi, le juge Collier a comparé les revendications des trois brevets pour savoir si celles-ci définissaient ou décrivaient «substantiellement la même invention». Il a rejeté l'argument dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Le brevet n° 621,795 décrit une méthode qui permet de couper ou de produire des matériaux de bois, d'abord en tronçonnant puis en tranchant le produit pour obtenir des parties fines mais grossières, puis en usinant les parties grossières de manière à en réduire la taille sans trop prélever dans le sens de la longueur. On ne décrit ni ne spécifie la taille (épaisseur, longueur, largeur etc.) du matériau fibreux ou des lamelles (peu importe le nom qu'on leur donne). Il n'est aucunement question de résine ni de la quantité de liant nécessaire à la production des panneaux.

When the claims of these three patents are examined, I am not persuaded there are one or more claims in each, describing or defining substantially the same invention. (at p. 1986)

The respondent, in argument before this Court, mounted an attack on this passage in the reasons of Collier J. It was contended that the patents in suit added nothing of practical value to the teachings of Patent 621,795.

I cannot accept this contention. My examination of both the specifications and the evidence adduced at trial indicates that the conclusion of the trial judge on the point was correct. Patent 621,795 appears to relate to a highly consolidated high density (specific gravity 1.0) hardboard made from defibred and reduced wood fibres. The flakes are milled to break them along the natural cleavage plane. The larger flakes are then put through a second milling operation, all for the purpose of producing fine fibre material, of unspecified thickness. Patents 565,618 and 569,813, while describing a product of some similarity, in addition prescribe the method for producing a consolidated medium density (specific gravity 0.75) board made from intact relatively thick wood flakes or wafers having tapered ends and not further reduced.

Dr. Marra, appellant's witness, testified (at p. 1241) that: "patent No. 621,795 is directed to the production of milled flakes for the manufacture of high density hard board, and that patent No. 565,618 and patent No. 569,813 is [*sic*] directed to thick crosscut woody wafers, tapered ends, and to medium density boards with such wafers with low resin content".

Mr. Young, respondent's witness, testified:

Q. But to get back to my question, Mr. Young, it is fact, is it not, that possibly one of the things that was added, one and only possibly one, of the things that was added of practical value by the 618 and 813 patents, is that you don't reduce the elements, these cross-cut elements. You don't put them through this milling operation. You use those

L'examen des revendications de ces trois brevets ne m'a pas persuadé que chacun d'eux contient une ou plusieurs revendications qui décrivent ou définissent substantiellement la même invention. [à la p. 1986]

L'intimée, dans la plaidoirie en cette Cour, a contesté ce passage des motifs du juge Collier. Elle a soutenu que les brevets contestés n'ajoutent rien qui ait une valeur pratique aux enseignements donnés par le brevet n° 621,795.

Je ne puis accepter cette prétention. Mon étude des mémoires descriptifs et des témoignages rendus au procès indique que la conclusion à laquelle est arrivé le juge de première instance est la bonne. Le brevet n° 621,795 a trait à un panneau rigide de grande densité (gravité spécifique 1.0) très aggloméré fait de fibres de bois défibrées et réduites. Les lamelles sont usinées de façon à les prélever dans le sens du plan de clivage naturel. Les lamelles plus grosses sont soumises à un second usinage, à la seule fin de produire du matériau de fibre fine d'une épaisseur indéterminée. Les brevets n^{os} 565,618 et 569,813, tout en décrivant des inventions assez semblables, indiquent en plus la méthode qui permet de produire un panneau aggloméré de densité moyenne (gravité spécifique de 0.75), fait de lamelles ou copeaux de bois intacts et relativement épais dont les bouts sont effilés mais qui ne sont pas autrement réduits.

Le D^r Marra, un témoin de l'appelante, a dit (à la p. 1241) que: [TRADUCTION] «le brevet n° 621,795 vise la production de lamelles usinées en vue de fabriquer un panneau rigide de grande densité tandis que les brevets n^{os} 565,618 et 569,813 [*sic*] visent des copeaux de bois épais et tronçonnés, aux bouts effilés et des panneaux de densité moyenne faits de ces copeaux à basse teneur de résine».

M. Young, un témoin de l'intimée, a déposé:

[TRADUCTION] Q. Mais pour revenir à ma question, M. Young, est-il vrai ou non qu'une des choses qui aurait pu être ajoutée, la seule chose qui aurait pu être ajoutée et qui aurait une valeur pratique dans les brevets 618 et 813 est l'absence de réduction de ces éléments tronçonnés. Vous ne soumettez pas ces éléments à cette opération d'usinage. Vous

large wood elements to produce boards. Do you understand the question?

A. Yes. I am just checking—565,618 down in column 2 in the last paragraph—may be made from thin slices from the starting material by means of cutting the edges substantially to the fibres and thereafter reducing the slivers to flakes, wafers or the like by cutting such slivers along the planes—

Q. But that is quite a different matter, isn't it?

A. Yes, you are right. [at pp. 1127-8]

and later (at p. 1129):

I will admit that he doesn't say he contemplated an application such as that board that I see in front of me here. He doesn't say that. So in that sense I suppose you could say it is something of practical value but a very fine distinction.

In my view the patents in question do not describe substantially the same invention and thus there has been no violation of s. 28.

The alternative submission of the respondent on this issue is based on the final words of s. 36(1). As already noted, the section requires that the applicant "indicate and distinctly claim the part, improvement or combination which he claims as his invention". Thus, according to the respondent, even assuming that the inventions described in patents 618 and 813 are different from the invention described in patent 795, this distinction only becomes apparent after a close and detailed examination of the respective specifications. The applicant has failed to claim 'distinctly' how the inventions in the patents in suit differ from the invention in Patent 795.

As I have indicated, the final sentence of s. 36(1) was added to the statute in 1935, but earlier statutes and the common law had always contained the requirement that the applicant distinctly indicate what he claims as new. At one time this requirement was interpreted quite literally by the courts. In other words, it was not sufficient for an applicant to describe in precise terms what it was he had invented, he was required in addition to indicate how it was new or different from what had gone before. (See *Foxwell v. Bostock and*

utilisez ces grosses parties de bois pour produire des panneaux. Comprenez-vous la question?

R. Oui. Je suis seulement en train de vérifier—565,-618, bas de la colonne 2 dans le dernier alinéa—peut être fait à partir de minces fragments du matériau précédent en coupant les bords substantiellement dans le sens des fibres et en réduisant ensuite ces éclats en lamelles, copeaux ou autres choses semblables en coupant ces éclats dans le sens—

Q. Mais c'est une tout autre affaire, n'est-ce-pas?

R. Oui, vous avez raison. [aux pp. 1127 et 1128]

et plus loin (à la p. 1129):

[TRADUCTION] Je veux bien admettre qu'il ne dit pas qu'il a envisagé une application comme celle du panneau que je vois devant moi, ici. Il ne dit pas cela. Donc, dans ce sens je suppose que vous pouvez dire que c'est quelque chose qui a une valeur pratique, mais c'est une distinction très ténue.

A mon avis, les brevets en cause ne décrivent pas substantiellement la même invention et il n'y a donc pas de contravention à l'art. 28.

L'argument subsidiaire de l'intimée sur ce point se fonde sur les derniers mots du par. 36(1). Comme je l'ai déjà noté, le paragraphe fait obligation au demandeur d'«indiquer et distinctement revendiquer la partie, le perfectionnement ou la combinaison qu'il réclame comme son invention». Donc, selon l'intimée, même si on présume que les inventions décrites dans les brevets 618 et 813 sont différentes de celle décrite au brevet 795, cette différence ne ressort qu'après un examen serré et minutieux des revendications de chacun. Le demandeur a omis de revendiquer «distinctement» ce en quoi les inventions des brevets contestés diffèrent de l'invention du brevet 795.

Comme je l'ai mentionné, la dernière phrase du par. 36(1) a été ajoutée à la loi en 1935, mais les lois antérieures et la *common law* ont toujours comporté l'obligation pour le demandeur d'indiquer ce qu'il revendique comme nouveau. A une certaine époque, les tribunaux ont interprété cette obligation de façon très littérale. En d'autres termes, il ne suffisait pas que le demandeur décrive ce qu'il avait inventé en termes précis, mais il était tenu en plus d'indiquer en quoi l'invention était différente de ce qui s'était fait auparavant. (Voir

Others[14].) But such a requirement imposed an impossible burden on the patentee. Suppose he was not aware of another invention that was very similar to his own. If he failed to specify the differences between the two inventions, the patent would be invalid notwithstanding that his invention was new and different. The law would thus penalize inventive genius for failure to keep abreast of the knowledge and progress of others. The impossible and unwarranted nature of such a burden was explicitly identified by Fletcher-Moulton L.J. in *British United Shoe Machinery Company Ld. v. A. Fussell & Sons Ld.*[15], at p. 652:

> But to say that he must also ascertain, under the penalty of his Patent being bad, everything that preceded his invention, every approach from every side that persons have made to it, and must correctly indicate the little step which he has made in addition to these, most of which he never knew, would be to require something of him which would be perfectly idle, so far as regards utility to the public, and grossly unjust so far as the patentee is concerned. I say more. I say it is an absolutely impossible task, because in almost all cases these inventions have been approached from many sides.

In *British United Shoe*, the Court held that 'distinguishing old from new' did not require an explicit statement of how the invention was different or novel. The true test was simply that "a man must distinguish what is old from what is new by his Claim, but he has not got to distinguish what is old and what is new in his Claim" (at p. 651). In short, if the specification describes an invention that is in fact new, and if the description is sufficient so that an ordinary workman skilled in the art can understand it, the patent specification is valid. "There is no obligation to go further, and to state why it is novel, or what in it is novel" (at p. 651).

The submission of the respondent is an attempt to resurrect the line of reasoning that was discredited in the *British United Shoe* case over 70 years

[14] (1864), 4 De G.J. & S. 298, 46 E.R. 934.
[15] (1908), 25 R.P.C. 631.

Foxwell v. Bostock and Others[14].) Cependant une telle obligation imposait au breveté une tâche impossible à remplir. Supposons qu'il ignorait l'existence d'une autre invention très semblable à la sienne. S'il avait omis de signaler les différences entre les deux inventions, le brevet était invalide même si son invention était nouvelle et distincte. Le droit imposait une peine à un esprit inventif en raison de son omission de se tenir au fait du progrès et des connaissances des autres. Le caractère impossible et inutile d'une telle tâche a été explicitement reconnu par le lord juge Fletcher-Moulton dans l'arrêt *British United Shoe Machinery Company Ld. v. A. Fussell & Sons Ld.*[15], à la p. 652:

> [TRADUCTION] Mais dire qu'il doit aussi signaler, sous peine que son brevet soit nul, tout ce qui a précédé son invention, toutes les façons dont des personnes l'ont abordée sous tous les angles et qu'il doit correctement indiquer le petit avancement qu'il y a ajouté à ces démarches, dont la plupart ne lui sont pas connues, c'est exiger de lui quelque chose qui serait parfaitement inutile, pour ce qui a trait à l'utilité pour le public, et éminemment injuste pour l'inventeur. Je dirais plus: c'est une tâche absolument impossible, puisque dans presque tous les cas ces inventions ont été abordées sous de nombreux angles différents.

Dans l'arrêt *British United Shoe*, la Cour a statué que pour distinguer le nouveau de l'ancien il n'était pas nécessaire de dire explicitement en quoi l'invention est différente ou nouvelle. Le vrai critère est simplement le suivant: [TRADUCTION] «une personne doit distinguer ce qui est nouveau de ce qui est ancien par ses revendications, elle n'a pas à distinguer ce qui est nouveau de ce qui est ancien dans ses revendications» (à la p. 651). En bref, si le mémoire décrit une invention qui de fait est nouvelle et si la description est assez complète pour qu'un ouvrier moyen versé dans l'art puisse la comprendre, le mémoire descriptif du brevet est valide. [TRADUCTION] «Il n'y a pas d'obligation de faire plus, ni de dire pourquoi elle est nouvelle ou ce qui y est nouveau» (à la p. 651).

L'argument de l'intimée constitue une tentative de remettre à la page le type de raisonnement que l'arrêt *British United Shoe* a écarté il y a plus de

[14] (1864), 4 De G.J. & S. 298; 46 E.R. 934.
[15] (1908), 25 R.P.C. 631.

ago. It attacks the specifications in the patents in suit, not on the basis that they do not disclose new inventions, but rather on the grounds that this novelty is not 'distinctly claimed'. I would reject that interpretation of s. 36(1) on the grounds earlier discussed and for the reasons so cogently expressed by Fletcher-Moulton L.J. in the *British United Shoe* judgment.

I agree with the words of the trial judge in the following passage from his judgment:

> The wafer patent is, it seems to me, essentially a product and a method invention. The waferboard patent is essentially a product invention. Patent 621,795 is, as I read it, a method and apparatus invention. None of them are, to my mind, "process" inventions. The requirement in ss. 36(1) that an applicant distinguish his invention from other inventions, comes into play only in respect of a process. That portion of the subsection has, in my opinion, no applicability here.

Accordingly, I find that Patent 621,795 does not render the patents in suit invalid.

VIII

The defendant also attacked the patents in suit on the basis of anticipation and lack of inventive ingenuity. In addition to what was said to be the common general knowledge of the art, a number of prior publications existing on the filing date of the patents in suit were referred to, including a British patent of 1856, a French patent published in 1951, four United States patents and an article published by one Elmendorf in 1949. It was contended that knowledge of the art prior to the date of "invention" was such that every element of each claim in suit was within common knowledge or public knowledge. The issue here is basically factual, involving assessment of the mosaic common knowledge and prior art existing at the date of the invention. The judge reviewed the prior art relied upon and concluded:

> It is often fairly easy for a defendant in an infringement suit, in hindsight, to thoroughly search and selectively unearth pieces of prior art in various fields, interfelt them with common knowledge, then say it was all very plain: an ordinary skilled workman would easily

70 ans. Il conteste les mémoires descriptifs des brevets en cause, non pas parce qu'ils ne divulguent pas d'inventions nouvelles, mais plutôt parce que la nouveauté n'y est pas distinctement revendiquée. Je rejette cette interprétation du par. 36(1) pour les motifs déjà énoncés ici et pour ceux que formule si bien lord Fletcher-Moulton dans l'arrêt *British United Shoe.*

Je souscris à l'énoncé du juge de première instance dans le passage suivant de ses motifs:

> [TRADUCTION] Le brevet relatif aux copeaux me semble viser l'invention d'un produit et d'une méthode. Le brevet relatif aux panneaux de copeaux vise essentiellement l'invention d'un produit. Le brevet n° 621,795 vise, selon mon interprétation, l'invention d'une méthode et d'un appareil. Aucun à mon avis ne vise l'invention d'un «procédé». L'exigence du paragraphe 36(1) qu'un demandeur doit expliquer en quoi son invention se distingue des autres inventions ne s'applique qu'à l'égard d'un procédé. A mon avis, cette partie du paragraphe n'est pas applicable en l'espèce.

En conséquence, je conclus que le brevet n° 621,795 ne rend pas les brevets contestés invalides.

VIII

L'intimée a aussi contesté les brevets litigieux en raison de l'antériorité et de l'absence d'ingéniosité inventive. En plus de ce qu'on a invoqué comme étant de connaissance commune des gens du métier, on a aussi mentionné un certain nombre de publications antérieures à la demande des brevets litigieux, dont un brevet britannique de 1856, un brevet français publié en 1951, quatre brevets américains et un article d'un nommé Elmendorf publié en 1949. On a soutenu que l'état de la technique avant le moment de l'invention était tel que tous les éléments de chacune des revendications étaient de notoriété commune ou générale. Cette question est essentiellement une question de fait et appelle l'évaluation de l'ensemble des connaissances générales et de l'état de la technique au moment de l'invention. Le juge a étudié l'état de la technique invoqué et a conclu:

> [TRADUCTION] Il est souvent assez facile à un défendeur dans une poursuite en contrefaçon, avec le bénéfice du recul, de découvrir, après une recherche minutieuse, des éléments particuliers d'antériorité, de les accoler à la notoriété, puis de dire que tout était très simple: un

and readily have been led to what the "inventor" of the patent in suit now asserts.

The defendant has not, in my view, established, on a balance of probabilities, there was lack of inventive ingenuity in respect of these claims.

The respondent submits that, properly construed, as of the date of the alleged invention in 1953, by the notional skilled person in the art, armed with the common general knowledge of the art, the claims of the patents in suit were anticipated by any one of the three United States patents and by the Elmendorf article and, *a fortiori*, fail to display any inventive ingenuity over the combination of those references with the early British patent and two other United States patents.

The trial judge held that none of the prior publications met the test of anticipation as propounded in *Canadian General Electric Co., Ld. v. Fada Radio Ld.*[16]; *R. v. Uhlemann Optical Company*[17] and *Lovell Manufacturing Company et al. v. Beatty Bros. Limited*[18]. The judge held that the information given in the prior publications was not equal to that disclosed by the prior publications.

I agree that the information in the prior publications is not, for purpose of practical utility, equal to that given in the patents in suit. The respondent contends that the proper test of an "anticipation" is that the claim in suit "cover" or "read on" what the prior document would have taught as of the date of the invention to one skilled in the art; "what infringes if later, anticipates if earlier"; as Rinfret J. delivering the judgment of the Court in *Lightning Fastener Company Limited v. Colonial Fastener Company, Limited et al.*[19] said at p. 381:

[16] (1930), 47 R.P.C. 69.
[17] (1949), 10 Fox Pat. C. 24 aff'd [1952] 1 S.C.R. 143.
[18] (1962), 23 Fox Pat. C. 112.
[19] [1933] S.C.R. 377.

ouvrier moyennement versé dans l'art aurait facilement et rapidement été amené à découvrir ce dont le titulaire du brevet contesté se réclame maintenant.

A mon avis, la défenderesse n'a pas établi, suivant la prépondérance des probabilités, que ces revendications ne révèlent pas d'ingéniosité inventive.

L'intimée soutient que, bien interprétées, à la date de la prétendue invention en 1953 par une personne imaginaire, versée dans l'art, pourvue des connaissances communes de l'art, les revendications des brevets contestés étaient frappées d'antériorité par chacun des trois brevets américains et par l'article d'Elmendorf et, *a fortiori*, ne révélaient aucune ingéniosité inventive par rapport à l'ensemble de ces sources, de l'ancien brevet britannique et de deux autres brevets américains.

Le juge de première instance a conclu qu'aucune des publications antérieures ne satisfaisait au critère d'antériorité proposé dans les décisions *Canadian General Electric Co., Ld. v. Fada Radio Ld.*[16]; *R. v. Uhlemann Optical Company*[17] et *Lovell Manufacturing Company et al. v. Beatty Bros. Limited*[18]. Le juge a conclu que les renseignements donnés dans les documents publiés antérieurement n'étaient pas les mêmes que ceux qui étaient divulgués par les documents publiés antérieurement.

Je suis d'accord que les renseignements contenus aux documents publiés antérieurement ne sont pas, en termes d'utilité pratique, les mêmes que ceux que donnent les brevets contestés. L'intimée soutient que le critère de l'anticipation consiste en ce que la revendication litigieuse «couvre» ou «contient» ce que les documents antérieurs auraient enseigné, au moment de l'invention, à une personne versée dans l'art; [TRADUCTION] «ce qui constitue une contrefaçon, s'il est postérieur, constitue une anticipation, s'il est antérieur»; selon le juge Rinfret dans l'arrêt de la Cour *Lightning Fastener Company Limited v. Colonial Fastener Company, Limited et al.*[19], à la p. 381:

[16] (1930), 47 R.P.C. 69.
[17] (1949), 10 Fox Pat. C. 24, conf. par [1952] 1 R.C.S. 143.
[18] (1962), 23 Fox Pat. C. 112.
[19] [1933] R.C.S. 377.

But what amounts to infringement, if posterior, should, as a general rule, amount to anticipation, if anterior.

In my view the claims in suit do more than merely read on the disclosure of the prior documents. Such disclosure does not contain clear instructions to do or make something that would infringe the patents in suit if carried out after the grant. Dr. Clark was doing more than simply following along old tracks. This is apparent from the evidence of Dr. Marra, at p. 1178:

My objectives were quite similar to Clark's as I perceived them at that time, that is 1954, 1955, and I noticed that Clark was after a highstrength board and I had been trying to do this since 1951 myself and encountering many technical problems, some of which I considered not solvable and for that reason began to—I had to change my direction.

It is said that the trial judge erred in law in setting and applying a higher test, *i.e.* that the information given be equal to that disclosed by the patent in suit and that he misdirected himself as to the effect of the judgments relied upon by him. The impugned words must, however, be read with the judge's further comment: "Nor is the solution averred by Dr. Clark already asserted in any previous publication. None of these prior inventors or writers were, to my mind 'clearly shown to have planted his flag at the precise destination before the patentee' ". (*General Tire and Rubber Company v. Firestone Tyre and Rubber Company Limited and Others*[20] at p. 486.)

I think that when the entire passage is read it will be found that the judge is saying little more than was said by Rinfret C.J. in *R. v. Uhlemann Optical Company, supra*, at p. 151—" ... no anticipation had been established because none of these anterior patents, for purposes of practical utility, were equal to that given by the patent in suit". I do not believe the trial judge erred in

[20] [1972] R.P.C. 457.

[TRADUCTION] Mais ce qui constitue une contrefaçon, s'il est postérieur devrait, en règle générale, constituer une anticipation s'il est antérieur.

A mon avis, les revendications contestées font plus que simplement contenir les divulgations des documents antérieurs. Aucune de ces divulgations ne comporte d'instructions sur la façon de faire ou fabriquer ce qui serait une contrefaçon des brevets contestés si elles étaient mises en pratique après l'octroi des brevets. Le D[r] Clark faisait plus que de simplement suivre les sentiers battus. Cela ressort clairement du témoignage du D[r] Marra, à la p. 1178:

[TRADUCTION] Mes objectifs étaient assez semblables à ceux de Clark tels que je les percevais à l'époque, c.-à-d. en 1954, 1955, et j'ai constaté que Clark cherchait à réaliser un panneau à grande résistance, ce que j'essayais de faire moi-même depuis 1951, en me heurtant à beaucoup de problèmes techniques, dont certains me parurent insurmontables, c'est la raison pour laquelle j'ai commencé — j'ai dû changer d'orientation.

On a prétendu que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en appliquant un critère plus rigoureux, savoir que les renseignements donnés devaient être les mêmes que ceux révélés dans le brevet contesté, et qu'il s'est trompé sur la portée des décisions qu'il a suivies. Il faut cependant lire la phrase mise en cause avec le reste du commentaire du juge: [TRADUCTION] «Il en est de même de la solution formulée par le D[r] Clark qui n'est revendiquée dans aucune publication antérieure. Aucun de ces inventeurs ou auteurs antérieurs ne paraît, à mon avis, «avoir foulé cet endroit précis avant le titulaire du brevet» ». (*General Tire and Rubber Company v. Firestone Tyre and Rubber Company Limited and Others*[20], à la p. 486.)

Si on lit le passage en entier, je crois qu'on se rend compte que le juge dit presque la même chose que ce que dit le juge en chef Rinfret dans *R. v. Uhlemann Optical Company*, précité, à la p. 151: [TRADUCTION] « ... l'anticipation n'a pas été prouvée parce qu'aucun de ces brevets antérieurs n'est, en termes d'utilité pratique, le même que ceux que comporte le brevet contesté». Je ne crois

[20] [1972] R.P.C. 457.

finding that no anticipation had been established.

IX

That brings me to the allegation of "double patenting". The respondent alleges that the two patents in suit are, for all intents and purposes, identical. The waferboard patent relates to the production of 'consolidated structures' composed of wafers. The wafer patent relates to the production of wafers "adapted for use in a consolidated structure". Citing the well-known rule that only one patent may issue for a given invention, the respondent claims that there is really only one invention and thus the second patent must be invalid. Collier J. merely said that "claims 2, 3, and 4 of the later patent are not precisely coterminous with the relevant claims in the earlier grant" and quoted his own judgment in *Xerox of Canada Ltd. v. IBM Canada Ltd.*[21] as authority for this test.

In response to this argument, the respondent cites the judgment of this Court in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*[22], the main authority on double patenting. In that case the applicant had already patented an anti-diabetic medicine. It now wished to patent a second one composed of that medicine plus an inert carrier. Judson J. for the Court said that the second process involved no novelty or ingenuity, and hence the second patent was unwarranted.

This case is somewhat different in that the second process of transforming the woody flakes into fibreboard is much more complicated than the simple dilution of medicine in *Hoechst*.

As I noted earlier, the appellant originally filed a single patent application for letters patent, but was required by the Commissioner of Patents to

[21] (1977), 33 C.P.R. (2d) 24 (F.C.C.).
[22] [1964] S.C.R. 49.

pas que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que l'anticipation n'a pas été prouvée.

IX

Cela m'amène à l'allégation de «double brevet». L'intimée soutient que les deux brevets contestés sont, à toutes fins utiles, identiques. Le brevet relatif aux panneaux de copeaux porte sur la fabrication de «panneaux agglomérés» faits de copeaux. Le brevet relatif aux copeaux porte sur la fabrication de copeaux «pour utilisation dans des panneaux agglomérés». Invoquant la règle bien connue qu'il ne doit y avoir qu'un seul brevet pour une invention donnée, l'intimée soutient qu'il n'y a en réalité qu'une seule invention et, qu'en conséquence, le second est nécessairement invalide. Le juge Collier a simplement dit que [TRADUCTION] «que les revendications 2, 3 et 4 du dernier brevet ne coïncident pas exactement avec les revendications équivalentes du premier octroi» et a cité sa propre décision dans l'affaire *Xerox du Canada Limitée c. IBM Canada Limitée*[21] comme source de ce critère.

Pour répondre à cet argument, l'intimée invoque l'arrêt de cette Cour *Commissaire des brevets c. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*[22], qui est l'arrêt qui fait autorité en matière de double brevet. Dans cette affaire-là, le demandeur avait déjà obtenu un brevet pour un médicament contre le diabète. Il voulait ensuite obtenir un second brevet pour le même médicament dans une solution inerte. Le juge Judson a dit, au nom de la Cour, que le second procédé ne comportait pas de nouveauté ou d'ingéniosité et qu'en conséquence le second brevet n'était pas justifié.

Le cas présent est quelque peu différent en ce que le second procédé de transformation des lamelles de bois en panneaux de fibre est beaucoup plus complexe que la simple dilution du médicament de l'affaire *Hoechst*.

Je l'ai déjà signalé, l'appelante avait d'abord présenté une seule demande de brevet, mais le commissaire des brevets lui a demandé de diviser

[21] (1977), 33 C.P.R. (2d) 24 (C.F.C.)
[22] [1964] R.C.S. 49.

divide his application into two parts. It may be open to question whether the Commissioner of Patents should have split off the wafers and treated them as the subject of a separate patent but in my view a patentee is not to be prejudiced by enforced divisional applications. If patents are granted on divisional applications directed by the Patent Office, none of them should be deemed invalid, or open to attack, by reason only of the grant of the original patent. (See *J. R. Short Milling Company (Canada) Limited v. George Weston Bread and Cakes Limited et al.*[23] at p. 82; Fox *Canadian Patent Law and Practice, supra*, at p. 270. Accordingly, this challenge to the validity of the patents fails.

X

I turn now to the submissions of the appellant with respect to the trial judgment. The appellant submits that claims 2, 8, and 9 of Canadian Letters Patent 565,618 are valid. It is contended that these claims are directed to cross-cut wafers, contrary to the finding of the trial judge. The judge reached a conclusion adverse to the appellant after hearing a great deal of expert evidence. While this Court has in the past re-examined the evidence and on occasion reversed or modified findings of fact at trial, this is not normally regarded as a proper appellate function. It has the effect of increasing the length and expense of patent litigation and makes the forum a place of resort for the stronger participant. The present litigation, for example, commenced with a lengthy trial and has spread over a period of six years. Fact finding should have ended long ago. I therefore would not disturb the finding of the trial court with respect to the question whether claims 2, 8 and 9 (and 10, in so far as it relates to 8 and 9) of Patent 565,618 are directed to cross-cut wafers.

XI

In the result, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Federal Court of

[23] [1941] Ex. C.R. 69 aff'd [1942] S.C.R. 187.

sa demande en deux. On peut se demander si le commissaire des brevets aurait dû séparer les copeaux et les traiter comme le sujet d'un brevet distinct, mais, à mon avis, il ne faut pas désavantager le titulaire d'un brevet à cause de demandes divisionnaires imposées. Si des brevets sont accordés à la suite de demandes divisionnaires à la demande du bureau des brevets, aucun de ces brevets ne doit être tenu pour invalide ou contestable du seul fait de l'octroi du brevet original. (Voir *J. R. Short Milling Company (Canada) Limited c. George Weston Bread and Cakes Limited et autres*[23], à la p. 82; Fox *Canadian Patent Law and Practice*, précité, à la p. 270.) Par conséquent, cette contestation de la validité des brevets échoue.

X

Je passe maintenant aux arguments de l'appelante quant au jugement de première instance. L'appelante soutient que les revendications 2, 8 et 9 du brevet canadien n° 565,618 sont valides. Elle prétend que ces revendications visent des copeaux tronçonnés, contrairement à ce qu'a conclu le juge de première instance. Le juge en est venu à cette conclusion défavorable à l'appelante après avoir entendu des nombreux témoignages d'experts. Même si cette Cour a, dans le passé, réexaminé la preuve et, à l'occasion, renversé ou modifié des conclusions de fait tirées en première instance, cette pratique n'est pas vue comme un rôle normal d'une cour d'appel. Elle a comme conséquence de prolonger les litiges en matière de brevets et d'en augmenter les coûts et fait du tribunal le refuge de la partie la plus favorisée. Le litige en l'espèce, par exemple, a commencé par un long procès et s'est étendu sur une période de six ans. Il y a longtemps que les constatations de faits devraient être terminées. Je ne modifierai donc pas la conclusion du tribunal de première instance quant à savoir si les revendications 2, 8 et 9 (et 10, pour autant qu'elle porte sur les revendications 8 et 9) du brevet n° 565,618 ont trait à des copeaux tronçonnés.

XI

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédé-

[23] [1941] R.C. de l'É. 69, conf. par [1942] R.C.S. 187.

Appeal. I would declare that claim 2 of Canadian Letters Patent 569,813 and claim 7 and claim 10 (in so far as claim 10 includes claim 7) of Canadian Letters Patent 565,618 are valid. I would further declare that (except as to the 3/4 inch boards made or produced by the respondent) such claims have been infringed by the respondent by the manufacture at Hudson Bay, Saskatchewan, and the sale, of a board product known as waferboard.

I would direct a reference to determine the amount of damages sustained by the appellant by reason of such infringement and further direct that the damages so determined be paid by the respondent to the appellant forthwith after determination thereof.

The appellant should have its costs in this Court and in the Federal Court of Appeal. I would affirm the order of the trial court that neither party recover costs against the other in that Court.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Gowling and Henderson, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Donald F. Sim, Toronto.

rale. Je déclare que la revendication 2 du brevet canadien nº 569,813 et les revendications 7 et 10 (dans la mesure où la revendication 10 comprend la revendication 7) du brevet canadien 565,618 sont valides. Je déclare en outre que (sauf pour les panneaux de ¾ de pouce fabriqués ou produits par l'intimée) en fabricant à Hudson Bay (Saskatchewan) et en vendant un type de panneaux appelés panneaux de copeaux, l'intimée a violé ces revendications.

Je suis d'avis d'ordonner un renvoi pour que soit fixé le montant des dommages-intérêts subis par l'appelante en raison de cette contrefaçon et d'ordonner à l'intimée de payer ce montant à l'appelante immédiatement après sa fixation.

L'appelante aura droit à ses dépens en cette Cour et en Cour d'appel fédérale. Je confirme l'ordonnance du premier juge qu'aucune des parties n'a droit aux dépens en première instance.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Gowling et Henderson, Ottawa.

Procureur de l'intimée: Donald F. Sim, Toronto.

George John Bergstrom *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: December 9; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Defence — Compulsion — Charge of rape — "Assisting in rape" precluded from the defence but not rape — Appellant claiming duress — Whether or not rape excluded from defence of compulsion — If available, whether or not sufficient evidence to put defence to the jury — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17.

This appeal concerned the application of the defence of compulsion or duress, provided in s. 17 of the *Criminal Code*, to rape. Appellant, who admitted the acts of intercourse against the complainant's will and without her consent, gave no evidence at trial but found an evidentiary base for his defence in the evidence of other witnesses and a long statement that he made to the police. Complainant had been first raped by one Durack, while appellant waited near the car, and then by appellant. Although appellant had initially refused to have intercourse with the complainant when ordered to do so by Durack, he complied because he said he feared for his life. Durack was a violent man and armed with a knife. Complainant testified that she was forced to perform further sexual acts with both men. Despite the relative proximity of a farm-house which could have provided both appellant and complainant with assistance, appellant did not take advantage of his opportunities to escape—at least two and perhaps three rapes occurred.

The case raised two clear issues. Did the defence of compulsion described in s. 17 of the *Criminal Code* apply to rape or did the section's wording exclude it, and assuming the defence did apply, was there sufficient evidence in this case to warrant the putting of the defence to the jury?

Held: The appeal should be dismissed.

George John Bergstrom *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 9 décembre; 1981: 11 mai.

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

Droit criminel — Défense — Contrainte — Accusation de viol — Exclusion de la défense «l'aide à l'accomplissement d'un viol» mais non le viol — L'appelant invoque la contrainte — Le viol est-il exclu de la défense de contrainte? — S'il ne l'est pas, y a-t-il une preuve suffisante pour soumettre ce moyen de défense au jury? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17.

Ce pourvoi soulève des questions relatives à l'application de la défense de contrainte, prévue à l'art. 17 du *Code criminel*, au viol. L'appelant, qui a admis les rapports sexuels contre la volonté de la plaignante et sans son consentement, n'a pas témoigné au procès mais il a appuyé sa défense sur le témoignage d'autres témoins et sur une longue déclaration qu'il a faite à la police. La plaignante a d'abord été violée par un nommé Durack, pendant que l'appelant attendait à l'extérieur de l'auto, et ensuite par l'appelant. Même si l'appelant a initialement refusé d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante sur l'ordre de Durack, il a acquiescé parce qu'il disait craindre pour sa vie. Durack était un homme violent et était armé d'un couteau. La plaignante a témoigné qu'elle a été forcée à avoir d'autres rapports sexuels avec les deux hommes. Malgré qu'il y avait dans le voisinage une maison de ferme où l'appelant et la plaignante auraient pu trouver de l'aide, l'appelant n'a pas profité de cette occasion de s'échapper—au moins deux et peut-être trois viols ont été commis.

La présente affaire soulève deux questions évidentes. La défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code criminel* s'applique-t-elle au viol ou est-elle exclue par le texte de l'art. 17 et, en supposant que la défense s'applique, y avait-il en l'espèce une preuve suffisante pour justifier de soumettre ce moyen de défense au jury?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

The defence of compulsion applied to all criminal offences, except those excluded, and only became effective to protect an accused where it could be shown that the accused had in fact actually committed the offence.

"Assisting in rape" was among the excepted offences; rape was not specifically mentioned. The expression "assisting in rape" was descriptive of participation in rape and could exclude, and in its use in the *Criminal Code* was intended to exclude, the crime of rape whether committed by one acting as ravisher or by one who participated by assisting. As rape was a crime where certain persons could only be convicted as aiders, the words "assisting in rape" broadened, rather than restricted, the exclusion and brought into the exclusion from the defence those whose liability depended upon assisting in the commission of rape, as well as the rapers in fact. The phrase was never intended to include persons assisting to the exclusion of persons actually committing the crime of rape.

The meaning of the words "assisting in rape" was not strained by this interpretation because they were used in the sense that they "import[ed] either active participation or cooperation, or intended encouragement".

R. v. Folkes and Ludds (1832), 1 Mood. 354; *R. v. Gray and Wise* (1835), 7 Car. & P. 164; *R. v. Crisham* (1841), Car. & M. 187; *R. v. Lord Baltimore* (1768), 4 Burr. 2179; *R. v. Audley (Lord)* (1631), St. Tr. 401; *R. v. Ram and Ram* (1893), 17 Cox C.C. 609; *R. v. Eldershaw* (1828), 3 Car. & P. 396, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], allowing an appeal from the judgment of Wright J. and directing a new trial. Appeal dismissed.

Norm Cuddy, for the appellant.

J. G. B. Dangerfield, Q.C., and *H. J. Whitley*, for the respondent.

[1] [1980] 3 W.W.R. 146; (1980), 52 C.C.C. (2d) 407; (1980), 13 C.R. (3d) 342.

La défense de contrainte s'applique à toutes les infractions criminelles sauf celles qui sont exclues. Elle ne peut être accueillie que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction.

«L'aide à l'accomplissement d'un viol» est une des infractions exclues; le viol n'est pas mentionné de façon spécifique. «L'aide à l'accomplissement d'un viol» est une expression qui décrit la participation au viol et peut exclure et, dans son emploi au *Code criminel*, doit exclure le crime de viol, qu'il soit commis par celui qui agit physiquement ou par celui qui y prend part en aidant à le commettre. Comme le viol est un crime où certaines personnes peuvent être déclarées coupables uniquement pour avoir aidé à le commettre, les mots «aide à l'accomplissement d'un viol» visent à élargir plutôt qu'à restreindre l'exception et à nier ce moyen de défense aux personnes dont la responsabilité vient de ce qu'elles ont aidé à l'accomplissement d'un viol comme à ceux qui ont effectivement commis le viol. Cette expression n'a jamais visé à comprendre les personnes qui aident à l'accomplissement d'un viol à l'exclusion des personnes qui le commettent réellement.

Le sens des mots «aide à l'accomplissement d'un viol» n'a pas été déformé par cette interprétation parce que ces mots ont été employés dans le sens qu'ils «indiquent une participation active ou la coopération, ou l'encouragement volontaire».

Jurisprudence: *R. v. Folkes and Ludds* (1832), 1 Mood. 354; *R. v. Gray and Wise* (1835), 7 Car. & P. 164; *R. v. Crisham* (1841), Car. & M. 187; *R. v. Lord Baltimore* (1768), 4 Burr. 2179; *R. v. Audley (Lord)* (1631), St. Tr. 401; *R. v. Ram and Ram* (1893), 17 Cox. C.C. 609; *R. v. Eldershaw* (1828), 3 Car. & P. 396.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a accueilli un appel du jugement du juge Wright et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Norm Cuddy, pour l'appelant.

J. G. B. Dangerfield, c.r., et *H. J. Whitley*, pour l'intimée.

[1] [1980] 3 W.W.R. 146; (1980), 52 C.C.C. (2d) 407; (1980), 13 C.R. (3d) 342.

The judgment of the Court was delivered by

McINTYRE J.—This appeal from a decision of the Court of Appeal for Manitoba (Monnin and Matas JJ.A., Huband J.A. dissenting) raises questions concerning the application of the defence of compulsion or duress, provided for in s. 17 of the *Criminal Code*.

The facts of the case are not seriously disputed. The complainant, a young woman then aged twenty-five, went alone to a beer parlour in a Winnipeg hotel. She wished to hear a band which performed there. She arrived about 8:30 or 9:00 p.m. and shortly thereafter was asked to join a group at another table. The group, including the complainant, remained in the beer parlour until it closed about 1:30 a.m. They then left for a party at a private apartment in Winnipeg. The appellant and a man named Durack were also at the party which lasted until about 4:30 a.m. During this affair, as in the beer parlour earlier, there was a good deal of drinking. Shortly before departure from the party, there was some discussion between Bergstrom and the complainant about driving the complainant home. Bergstrom agreed to take the complainant to her home in his car but, because he did not have a driver's licence, Durack was to drive as far as his (Durack's) home where he would get out and leave Bergstrom to take the complainant the remainder of the way. The journey commenced but, instead of driving to his home, Durack drove the car out of the city to a point some twenty miles north of Winnipeg. The complainant passed out during the course of the journey, presumably because of the amount of liquor she had consumed. Bergstrom, in a statement to the police, said that he had protested to Durack when he realized that he was not driving to his home as planned, and that when questioned on the subject a second time Durack produced a knife and ordered him to be quiet.

Durack drove off the road passing nearby a farm-house and stopped in a field. He ordered the complainant, now reawakened, to get into the back seat of the car and over her protests and after threatening her with violence he terrorized her into submitting to intercourse. While this was going on,

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE McINTYRE—Ce pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (les juges Monnin et Matas, et le juge Huband, dissident) soulève des questions relatives à l'application de la défense de contrainte, prévue à l'art. 17 du *Code criminel*.

Les faits en l'espèce ne sont pas vraiment contestés. La plaignante, une jeune femme alors âgée de vingt-cinq ans, est entrée seule dans un bar d'un hôtel de Winnipeg. Elle voulait entendre l'orchestre qui y jouait. Elle est arrivée vers 20 h 30 ou 21 h et peu de temps après, un groupe assis à une autre table lui a demandé de se joindre à lui. Le groupe, y compris la plaignante, est resté au bar jusqu'à la fermeture vers 1 h 30. Ils sont alors allés à une partie dans un appartement privé de Winnipeg. L'appelant et un nommé Durack étaient aussi présents à la partie qui a duré jusque vers 4 h 30. Au cours de la partie, comme plus tôt au bar, les personnes présentes ont consommé beaucoup de boisson. Peu de temps avant de quitter, Bergstrom et la plaignante ont parlé de reconduire la plaignante chez elle. Bergstrom a accepté de reconduire la plaignante dans son auto, mais comme il n'avait pas de permis de conduire, Durack devait conduire jusque chez lui (chez Durack) où il descendrait et laisserait Bergstrom conduire la plaignante jusque chez elle. Après le départ, au lieu de se rendre chez lui, Durack a conduit l'auto hors de la ville, à un lieu situé à quelque vingt milles au nord de Winnipeg. La plaignante s'est évanouie en chemin, probablement sous l'effet de la boisson qu'elle avait prise. Dans une déclaration faite à la police, Bergstrom a affirmé avoir protesté auprès de Durack lorsqu'il s'est rendu compte qu'il n'allait pas chez lui comme prévu, et que lorsqu'il a protesté une deuxième fois, Durack a sorti un couteau et lui a ordonné de se tenir tranquille.

En passant près d'une maison de ferme, Durack a quitté la route et s'est arrêté dans un champ. Il a ordonné à la plaignante, alors ranimée, de prendre place sur la banquette arrière et, malgré ses protestations et après l'avoir menacée de violence, il a obtenu par la terreur qu'elle se soumette à des

Bergstrom was outside the car. When Durack was finished he ordered Bergstrom to have intercourse with the complainant. Bergstrom, in his statement, said he refused to indulge in sexual intercourse with the complainant but he feared Durack would use his knife and complied with Durack's demand that he do so. On Durack's orders, the complainant performed fellatio on both men. Each man had intercourse against her will and, while her memory is vague as to detail and the sequence of events, according to her evidence there were further acts of intercourse and there was no denial of them by either accused. Despite her screams and her request to Bergstrom on at least one occasion for help, the rapes were completed and no attempt was made at the trial to assert that the acts of intercourse occurred with the consent of the complainant. It was common ground that she did not consent and her resistance and protests were overcome by her fear.

The attacks upon the complainant all took place in the back seat of the car. While Durack was raping the girl, Bergstrom was either in the front seat or, on one occasion at least, out of the car. There was a farm-house in the vicinity. How far it was across the field is not revealed in the evidence. Bergstrom said in his statement, however, that he had left the car door open when Durack was raping the girl so that her screams might be heard. No lights came on in the house, and he 'guessed' that its occupants had not heard. Bergstrom expressed fear of Durack and said that he was a dangerous man who had knifed a friend of Bergstrom and who, at the party that evening, had threatened another person with a knife. Bergstrom said he feared for his life at the hands of his violent associate, but it is nonetheless clear that he had no less than two and probably three clear chances to escape and the relative proximity of the farm-house could have provided a source of assistance, not only for himself but for the complainant. When these events were terminated the complainant was driven home and the two men left her.

Bergstrom and Durack were arrested. Durack pleaded guilty to rape and was sentenced to four

rapports sexuels. Pendant ce temps, Bergstrom était à l'extérieur de l'auto. Après qu'il eut fini, Durack a ordonné à Bergstrom d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante. Dans sa déclaration, Bergstrom a dit avoir refusé de se livrer à des rapports sexuels avec la plaignante mais par crainte que Durack utilise son couteau il a acquiescé à sa demande. Sur l'ordre de Durack, la plaignante a eu des rapports sexuels oraux avec les deux hommes. Chacun a eu des rapports contre sa volonté et, même si elle se souvient vaguement des détails et de la suite des événements, il y a eu d'autres rapports qu'aucun accusé n'a nié. Malgré les cris de la plaignante et la demande qu'elle a faite au moins une fois à Bergstrom de lui venir en aide, les viols ont été commis et on n'a pas tenté de soutenir, au procès, que la plaignante a consenti aux rapports sexuels. Il est reconnu qu'elle n'a pas consenti et que sa peur a vaincu sa résistance et ses protestations.

Les assauts contre la plaignante sont tous survenus sur la banquette arrière de l'automobile. Pendant que Durack violait la fille, Bergstrom était soit sur la banquette avant, soit, au moins une fois, à l'extérieur de l'auto. Dans le voisinage, il y avait une maison de ferme. La preuve n'indique pas à quelle distance elle se trouvait. Dans sa déclaration, Bergstrom affirme qu'il a laissé la portière de l'auto ouverte lorsque Durack violait la fille de sorte que ses cris puissent être entendus. Aucune lumière n'est apparue à la maison, et il a «supposé» que les habitants n'ont rien entendu. Bergstrom exprime la crainte qu'il avait de Durack et affirme qu'il était un homme dangereux qui avait poignardé un de ses amis (de Bergstrom) et qui, au cours de la partie ce soir-là, avait menacé une autre personne d'un couteau. Bergstrom dit que son violent compagnon lui faisait craindre pour sa vie, mais il est néanmoins évident qu'il a eu au moins deux et probablement trois bonnes chances de s'échapper et qu'il aurait pu trouver à la maison de ferme voisine de l'aide non seulement pour lui-même, mais pour la plaignante. A la suite de ces événements, la plaignante a été reconduite chez elle et les deux hommes sont partis.

Bergstrom et Durack ont été arrêtés. Durack a plaidé coupable de viol et a été condamné à quatre

years in the penitentiary. Bergstrom was charged with rape and acts of gross indecency. He was tried by judge and jury and acquitted on both counts. He admitted the acts of intercourse against the complainant's will and without her consent. His sole defence was that of compulsion under s. 17 of the *Criminal Code*. He gave no evidence at his trial, but found an evidentiary base for his defence in the evidence of other witnesses and on a long statement he made to the police, which was put in evidence by the Crown.

This case raises two clear issues. Does the defence of compulsion described in s. 17 of the *Criminal Code* apply to the crime of rape or is it excluded by the wording of the section and, assuming the defence does apply, was there in this case sufficient evidence to warrant the putting of the defence to the jury?

In the Court of Appeal the majority were of the opinion that there was not sufficient evidence to warrant the putting of the defence of compulsion under s. 17 of the *Criminal Code* to the jury, and they allowed the appeal and directed a new trial finding it unnecessary to deal with the first question raised. Huband J.A., dissenting, was of the view that the trial judge made no error in the matter and would have dismissed the Crown's appeal.

I will consider first the question of whether the defence of compulsion is open on a charge of rape. Section 17 of the *Code* provides for the defence in these words:

> **17.** A person who commits an offence under compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from a person who is present when the offence is committed is excused for committing the offence if he believes that the threats will be carried out and if he is not a party to a conspiracy or association whereby he is subject to compulsion, but this section does not apply where the offence that is committed is high treason or treason, murder, piracy, attempted murder, assisting in rape, forcible abduction, robbery, causing bodily harm or arson.

ans de pénitencier. Bergstrom a été accusé de viol et d'avoir commis des actes de grossière indécence. Son procès s'est tenu devant un juge et un jury, et il a été acquitté sous les deux chefs. Il a admis les rapports sexuels contre la volonté de la plaignante et sans son consentement. Son seul moyen de défense était la contrainte en vertu de l'art. 17 du *Code criminel*. Il n'a pas témoigné à son procès, mais il a appuyé sa défense sur le témoignage d'autres témoins et sur une longue déclaration qu'il a faite à la police, et que la poursuite a produite.

La présente affaire soulève deux questions évidentes. La défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code criminel* s'applique-t-elle au crime de viol ou est-elle exclue par le texte de cet article et, en supposant que la défense s'applique, y avait-il en l'espèce une preuve suffisante pour justifier de soumettre ce moyen de défense au jury?

En Cour d'appel, la majorité a exprimé l'avis qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour justifier de soumettre au jury la défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code criminel*; elle a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès en décidant qu'il n'était pas nécessaire de répondre à la première question. Le juge Huband, dissident, a formulé l'avis que le juge du procès n'a pas erré en l'espèce et que l'appel de la poursuite devait être rejeté.

J'examinerai d'abord la question de savoir si, dans une accusation de viol, on peut soulever la défense de contrainte. L'article 17 du *Code criminel* prévoit ce moyen de défense en ces mots:

> **17.** Une personne qui commet une infraction, sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave de la part d'une personne présente lorsque l'infraction est commise, est excusée d'avoir commis l'infraction si elle croit que les menaces seront mises à exécution et si elle n'est partie à aucun complot ou aucune association par laquelle elle est soumise à la contrainte; mais le présent article ne s'applique pas si l'infraction commise est la haute trahison ou la trahison, le meurtre, la piraterie, la tentative de meurtre, l'aide à l'accomplissement d'un viol, le rapt, le vol qualifié, l'infliction de blessures corporelles ou le crime d'incendie.

The defence applies, in accordance with the conditions expressed in the section, to all criminal offences except those which are excluded. It can only become effective to protect an accused when it can be shown that the accused has, in fact, actually committed the offence. Where it applies, the commission of the offence is excused. Bergstrom was charged with the commission of rape and there was ample evidence drawn from his own statement and from the testimony of the complainant to establish beyond any reasonable doubt that he committed rape. His sole defence rests upon the assertion that he carried out the crime under compulsion by threats of immediate death or grievous bodily harm from Durack who was present at the time. Before any examination need be made of the evidence of threats, fear, and the existence of compulsion in fact, it must be decided if the section has any application to this case.

Rape is not mentioned specifically as one of the excepted offences in s. 17. What is excepted is described as "assisting in rape". The meaning which may be attributed to those words must be determined. Counsel for the appellant pointed out that there is no offence described in those terms under the criminal law of Canada and, therefore, the words were not of significance. Counsel for the Crown contended that the words included "rape" and that, as a result, rape was an excepted offence under s. 17 and that the defence under the section could not apply.

The words "assisting in rape" are a curious feature of s. 17. They have appeared in this section and in its predecessors ever since the passing of the first *Criminal Code* of Canada in 1892. They were taken directly from the *Draft Code* of 1879 which was an appendix to the *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences* in the United Kingdom, which made its report in 1879. Forming as they do part of the statute, a meaning must be attributed to them because it cannot be presumed that they are, or were intended to be, meaningless. What then did the words "assisting in rape" mean when they were employed in the *Draft Code* and

Conformément aux conditions prévues à cet article, ce moyen de défense s'applique à toutes les infractions criminelles sauf celles qui sont exclues. Il ne peut être accueilli que s'il est établi que l'accusé a, de fait, véritablement commis l'infraction. Lorsque ce moyen de défense s'applique, l'accusé est excusé d'avoir commis l'infraction. Bergstrom a été accusé d'avoir commis un viol, et il y a suffisamment de preuves dans sa propre déclaration et dans le témoignage de la plaignante pour établir hors de tout doute raisonnable qu'il a commis le viol. Son seul moyen de défense repose sur l'affirmation qu'il a commis le crime sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces de mort immédiate ou de lésion corporelle grave de la part de Durack qui était alors présent. Avant d'examiner la preuve de menaces, de crainte et l'existence réelle de contrainte, il faut décider si cet article s'applique en l'espèce.

L'article 17 ne mentionne pas de façon spécifique que le viol est une des infractions auxquelles la défense de contrainte ne s'applique pas. L'infraction exclue est «l'aide à l'accomplissement d'un viol». Il faut établir le sens qu'on doit donner à ces mots. L'avocat de l'appelant a souligné que le droit pénal canadien ne prévoit aucune infraction rédigée en ces termes et que, par conséquent, ces mots n'ont aucune portée. L'avocat de la poursuite a soutenu que ces mots comprennent «le viol» et que, par conséquent, le viol est une infraction exclue aux termes de l'art. 17 et le moyen de défense prévu à cet article ne peut être soulevé.

Les mots «l'aide à l'accomplissement d'un viol» sont un élément étrange de l'art. 17. Ils ont toujours figuré à cet article et aux articles qui l'ont précédé depuis l'adoption du premier *Code criminel* canadien en 1892. Ils viennent directement du *Draft Code* de 1879 qui était une annexe du *Report of the Royal Commission Appointed to Consider the Law Relating to Indictable Offences* publié au Royaume-Uni en 1879. Comme ces mots font partie de la loi, il faut leur attribuer un sens puisqu'on ne peut présumer qu'ils n'en ont pas, ou qu'on n'a pas voulu qu'ils en aient. Que signifiaient alors les mots «l'aide à l'accomplissement d'un viol» lorsqu'ils ont été employés dans le *Draft Code*

later enacted in law in the *Criminal Code* of Canada in 1892?

I have been able to find little Canadian authority to assist me in the resolution of this question. Scarcely more has been uncovered from English sources, but it is clear that in England in the nineteenth century, during a period in which the drafting of the *Draft Code* occurred, the concept of assisting in the commission of rape and the legal consequences of such conduct received attention in the courts. A person against whom a complaint of rape was made could be charged with the crime of rape as the actual perpetrator (principal in the first degree) or, if the facts warranted, he could be charged with aiding and assisting in rape (principal in the second degree). Regardless of how the charge was framed in this respect, he could be convicted of the crime of rape. The law in this particular had been clearly settled for many years. In Hale's *History of the Pleas of the Crown*, (1736), vol. 1, at pp. 626-636, the subject is dealt with and it is stated at p. 628:

> If A. actually ravish a woman, and B. and C. were present, aiding and abetting, they are all equally principal, and all subject to the same punishment both at common law and since the statute of *Westm. 2 de quo infra.*

The nineteenth century position is illustrated in three cases: *R. v. Folkes and Ludds*[2]; *R. v. Gray and Wise*[3] and particularly *R. v. Crisham*[4].

The full report of the *Crisham* case is reproduced below. A marginal note, or headnote, in the following terms provides:

> An indictment is good which charges that A. committed a rape, and that B. was present aiding and assisting him in the commission of the felony. In such a case the party aiding may be charged either, as he was in law, a principal in the first degree, or, as he was in fact, a principal in the second degree.

The report continues:

> The indictment stated that one Peter M'Donough upon one Bridget Lamb did make an assault, and her the said Bridget Lamb violently, feloniously, and against her will did ravish, &c.; and went on to state that the prisoner

[2] (1832), 1 Mood. 354.
[3] (1835), 7 Car. & P. 164.
[4] (1841), Car. & M. 187.

et adoptés ensuite dans le *Code criminel* canadien en 1892?

J'ai pu trouver bien peu de sources canadiennes pour m'aider à répondre à cette question. On n'en découvre guère plus en Angleterre, mais il est évident qu'au dix-neuvième siècle, en Angleterre, à l'époque où le *Draft Code* a été rédigé, les tribunaux ont examiné le concept de l'aide à l'accomplissement d'un viol et les conséquences juridiques de cette conduite. Une personne contre laquelle était portée une plainte de viol pouvait être accusée du crime de viol à titre d'auteur réel (auteur principal) ou, si les faits le justifiaient, elle pouvait être accusée d'avoir aidé à l'accomplissement d'un viol (complice). Peu importe la formulation de la plainte à cet égard, elle pouvait être trouvée coupable du crime de viol. Sur ce point, le droit était établi depuis longtemps. On le mentionne dans l'ouvrage de Hale, *History of the Pleas of the Crown*, (1736), vol. 1, aux pp. 626 à 636, où on dit, à la p. 628:

> [TRADUCTION] Si A viole une femme et que B et C soient présents, l'aident et l'encouragent, ils sont tous également coupables et peuvent tous être également punis tant en vertu de la *common law* que selon la loi *Westminster 2* sur laquelle on reviendra plus loin.

Trois arrêts illustrent la situation telle qu'elle était au dix-neuvième siècle: *R. v. Folkes and Ludds*[2]; *R. v. Gray and Wise*[3] et surtout *R. v. Crisham*[4].

Le compte rendu complet de l'affaire *Crisham* est reproduit ci-dessous. Le sommaire se lit comme suit:

> [TRADUCTION] Est valable un acte d'accusation qui inculpe A d'avoir commis un viol et B d'avoir été présent et d'avoir aidé à commettre un crime. Dans ce cas, celui qui a aidé peut être accusé comme auteur principal, ce qu'il était en droit, ou comme complice, ce qu'il était en fait.

Le compte rendu se poursuit:

> [TRADUCTION] L'acte d'accusation énonce que Peter M'Donough s'est porté à des voies de fait sur Bridget Lamb, et a criminellement violé ladite Bridget Lamb contre sa volonté, etc.; l'acte ajoute que le prisonnier

[1] (1832), 1 Mood. 354.
[3] (1835), 7 Car. & P. 164.
[4] (1841), Car. & M. 187.

was present, and feloniously aided and assisted the said Peter M'Donough in the commission of the said felony, contrary to the statute, &c. After a verdict of guilty—

Payne, for the prisoner, moved in arrest of judgment.—The indictment charges the prisoner with aiding and assisting M'Donough in the commission of a rape, contrary to the statute. Now, there not being any statutory provisions applicable to persons aiding and abetting in cases of this nature, I submit that the indictment is wrongly framed. The prisoner, in the absence of any express provision by statute, should have been indicted as at common law; and the indictment should have charged him as a principal, and stated that he, as well as M'Donough, ravished the prosecutor. In *Folke's* case, an indictment, charging the prisoner both as principal in the first degree, and as aiding and abetting other men in committing a rape, was held after conviction to be valid on the count charging the prisoner *as principal*. The statute of 9 Geo. 4, c. 31, which declares, in the 16th section, that every person, convicted of the crime of rape, shall suffer death, makes no specific provision as to aiders and abettors, with reference to that offence. The 7 & 8 Geo. 4, c. 29, and the 7 & 8 Geo. 4, c. 30, make provision for principals in the second degree, with reference to the felonies mentioned in them respectively; but the stat. 9 Geo. 4, c. 31, does not contain any such provision with respect to the offence of rape.

Maule, J.—Then your objection is, that the offence which has been committed is not stated in the indictment.

Payne.—My objection is, that the person is not charged, as he ought to have been, *as a principal*.

Rolfe, B.—Is he not so charged in the indictment? It alleges that M'Donough committed a rape, and the prisoner aided and assisted him. Is not that another way of saying that the prisoner committed a rape? [Emphasis added.]

Maule, J.—There does not appear to me to be any ground for the objection. It has been already decided that, in a case of this description, the party may be charged according to the fact, or indicted as a principal in the first degree.

The law as propounded in these cases, which recognize no difference between the principal in the first degree and the principal in the second degree, both being equally guilty of the crime charged, became well-settled in England as a part

était présent et qu'il a criminellement aidé ledit Peter M'Donough dans la perpétration dudit crime en violation de la loi etc. Après un verdict de culpabilité—

M. Payne, pour le prisonnier, demande de surseoir à l'exécution du jugement.—L'acte d'accusation reproche au prisonnier d'avoir aidé M'Donough à commettre un viol contrairement à la loi. Or, comme il n'y a aucune disposition législative qui s'applique aux personnes qui aident et encouragent à commettre un crime dans les cas de ce genre, j'estime que l'acte d'accusation est mal rédigé. Comme la loi ne prévoit aucune disposition expresse, le prisonnier aurait dû être inculpé suivant la *common law*; et l'acte d'accusation aurait dû l'inculper en tant qu'auteur principal et énoncer qu'il a violé la plaignante au même titre que M'Donough. Dans l'affaire *Folkes*, on a statué qu'un acte d'accusation inculpant le prisonnier tant à titre d'auteur principal qu'à celui d'avoir aidé et encouragé d'autres hommes à commettre un viol était valide après que le prisonnier eut été déclaré coupable *à titre d'auteur principal*. La loi 9 Geo. 4, chap. 31, qui prévoit à l'art. 16 la peine de mort pour quiconque a été déclaré coupable de viol, ne prévoit aucune disposition particulière à l'égard des personnes qui aident et encouragent à la perpétration de ce crime. 7 & 8 Geo. 4, chap. 29 et 7 & 8 Geo. 4, chap. 30 ont des dispositions à l'égard du complice relativement aux crimes qu'ils mentionnent respectivement; mais la loi 9 Geo. 4, chap. 31 ne comporte aucune disposition de ce genre relativement au viol.

Le juge Maule.—Votre objection porte donc que l'acte d'accusation n'énonce pas le crime qui a été commis.

M. Payne.—Mon objection porte que le prisonnier n'est pas accusé *à titre d'auteur principal*, comme il aurait dû l'être.

M. B. Rolfe.—N'est-ce pas à ce titre qu'il est inculpé à l'acte d'accusation? L'acte affirme que M'Donough a commis un viol et que le prisonnier l'a aidé. N'est-ce pas une autre façon de dire que le prisonnier a commis un viol? [C'est moi qui souligne.]

Le juge Maule.—L'objection ne me paraît pas fondée. On a déjà décidé que, dans un cas semblable, le prisonnier peut être accusé suivant les faits, ou inculpé à titre d'auteur principal.

Le droit énoncé dans ces décisions, qui ne font aucune différence entre l'auteur principal et le complice, puisqu'ils sont tous deux également coupables du crime qu'on leur impute, était admis en Angleterre comme une partie du fondement du

of the base upon which the *Draft Code* was prepared in 1879 and the *Criminal Code* of Canada was enacted in 1892. In *Chitty on Criminal Law*, 2nd ed., (1826), vol. 1, the following appears, at p. 255*a*:

A man may be a principal in one of two degrees. A *principal* in the *first degree* is he that is the actor or actual perpetrator of the crime; and in the *second degree*, he who is present aiding and abetting the fact to be committed. It is a question of *law* whether a person is guilty as a principal in the first or second degree.

Principals in the *second* degree were formerly denominated and regarded as only *accessaries at the fact*. And it seems that he who actually committed the crime was alone guilty as principal, and those who were present aiding and assisting, were but in the nature of accessaries, and could not be put upon their trial until the principal was first convicted. This distinction has, however, been long since exploded, and now the stroke is constructively given by all who consent and who are present at its infliction, and they may be put upon their trial though the actual slayer is neither outlawed nor found guilty. In order, however, to make the aiders and abettors thus highly culpable, three requisites must combine; they must be present—aiding and assisting—with a felonious intention to the felony. [Emphasis added.]

In Archbold's *Criminal Pleading & Practice*, 7th ed., (1860), vol. 1, at pp. 66-7, the following appears:

The law, however, recognizes no difference between the offence of the principal in the first degree, and of the principal in the second; both are equally guilty.

And so immaterial is the distinction considered in practice, that if a man be indicted as principal in the first degree, proof that he was present aiding and abetting another in committing the offence, although his was not the hand which actually did it, will support the indictment; and, on the other hand, if he be indicted as principal in the second degree, proof that he was not only present, but committed the offence with his own hand, will support the indictment. Therefore, if A. be indicted for being present, aiding and abetting B. in committing a felony, A. may be convicted, although B. is acquitted.

So, when an offence is punishable by a statute which makes no mention of principals in the second degree,

Draft Code rédigé en 1879 et du *Code criminel* canadien adopté en 1892. Dans *Chitty on Criminal Law*, 2e éd., (1826), vol. 1, on peut lire, à la p. 255*a*:

[TRADUCTION] Un homme peut commettre un crime de deux façons. *L'auteur principal* est celui qui agit ou qui commet véritablement le crime; *le complice* est celui qui est présent, qui aide et encourage à le commettre. La question de savoir si une personne est coupable en tant qu'auteur principal ou en tant que complice est une question de *droit*.

Auparavant, on appelait ces *complices* et on ne les considérait que comme des *complices du fait* (*accessaries at the fact*). Il semble que celui qui commettait véritablement le crime était seul coupable à titre d'auteur principal, et ceux qui étaient présents et qui l'aidaient l'étaient d'une façon subsidiaire et ne pouvaient être renvoyés à leur procès avant que l'auteur principal ait d'abord été trouvé coupable. Cependant, on a depuis longtemps abandonné cette distinction, et maintenant, quiconque est présent au moment de la perpétration du crime et y consent est coupable par interprétation et peut être renvoyé à son procès même si l'assassin véritable n'est pas banni ni déclaré coupable. Cependant, pour que ceux qui aident à la perpétration du crime soient déclarés coupables, trois conditions doivent être remplies: ils doivent être présents, aider à la commission du crime, et avoir l'intention criminelle. [C'est moi qui souligne.]

Dans *Criminal Pleading & Practice* de Archbold, 7e éd., (1860), vol. 1, aux pp. 66 et 67, on lit:

[TRADUCTION] Cependant, le droit ne fait pas de différence entre l'infraction de l'auteur principal et celle du complice; ils sont tous deux également coupables.

Et la distinction est si peu importante en pratique que si un homme est accusé comme auteur principal, la preuve qu'il était présent et qu'il a aidé et encouragé une autre personne à commettre l'infraction, même s'il ne l'a pas commise de ses propres mains, suffira à confirmer l'acte d'accusation. Par ailleurs, s'il est accusé comme complice, la preuve qu'il n'était pas seulement présent mais qu'il a commis l'infraction de ses propres mains suffira à confirmer l'acte d'accusation. Par conséquent, si A est accusé d'avoir été présent et d'avoir aidé et encouragé B à commettre un crime, A peut être déclaré coupable, même si B est acquitté.

Ainsi, lorsqu'une infraction est punissable en vertu d'une loi qui ne mentionne pas les complices, ceux-ci

such principals are within the meaning of the statute as much as the parties who actually commit the offence; and therefore, in the case of rape, a person may be convicted on an indictment charging him with being present aiding and abetting another who actually committed it. [Emphasis added.]

In Archbold's *Pleading & Evidence in Criminal Cases*, 20th ed., (1886), dealing with English law as it stood only a few years before the enactment of the *Criminal Code* of Canada, an example is given of an indictment charging the crime of rape, at p. 804. Of particular interest is a note which follows the form of the indictment in these terms:

An indictment is good which charges that A. committed a rape, and that B. was present aiding and abetting him in the commission of the felony; for the party aiding may be charged either as, as he was in law, a principal in the first degree, or, as he was in fact, a principal in the second degree. R. v. *Crisham, C. & Mar.* 187. *A general conviction of a defendant charged both as principal in the first degree, and as an aider and abettor of other men in rape, is valid on the count charging him as principal. And on such an indictment, evidence may be given of several rapes on the same woman, at the same time, by the defendant and other men, each assisting the other in turn, without putting the prosecutor to elect on which count to proceed. R.* v. *Folkes*, 1 *Mood. C.C.* 354; *R.* v. *Gray*, 7 *C. & P.* 164.

The relationship between a principal in the first and in the second degree applied in Canada, as well as England, in the latter part of the nineteenth century: see Clarke's *Criminal Law of Canada*, (1872), at p. 97. The modern position in this country is illustrated in *R. v. Harder*[5]. This case dealt with the sufficiency of an indictment alleging that "he did have carnal knowledge of V. B. a woman who was not his wife without her consent" when the Crown case was that he had not had sexual intercourse with the complainant but had aided others to do so. In allowing the Crown's appeal and restoring the conviction at trial the majority of the Court, in four separate judgments (Fauteux, Rand, Kellock, Locke JJ., Kerwin C.J. and Taschereau J. agreeing with Fauteux J. and

[5] [1956] S.C.R. 489.

sont visés par la loi tout comme les personnes qui commettent effectivement l'infraction; par conséquent, dans le cas d'un viol, une personne peut être trouvée coupable sur une accusation d'avoir été présente et d'avoir aidé et encouragé une autre personne à la commettre. [C'est moi qui souligne.]

Dans *Pleading & Evidence in Criminal Cases* de Archbold, 20e éd., (1886), qui traite du droit anglais en vigueur quelques années seulement avant l'adoption du *Code criminel* canadien, on trouve à la p. 804 un exemple d'un acte d'accusation de viol. Après la formule de l'acte d'accusation, une note rédigée comme suit nous intéresse particulièrement:

[TRADUCTION] *Est valable un acte d'accusation qui inculpe A d'avoir commis un viol et B d'avoir été présent et d'avoir aidé et encouragé à commettre un crime; celui qui a aidé peut être accusé comme auteur principal, ce qu'il était en droit, ou comme complice, ce qu'il était en fait. R.* v. *Crisham, C. & Mar* 187. *Une déclaration générale de culpabilité prononcée contre une personne accusée à la fois comme auteur principal d'un viol et comme complice d'autres hommes est valable sous le chef l'accusant d'en avoir été l'auteur principal. Sur cette inculpation, on peut faire la preuve de plusieurs viols de la même femme, en même temps, par l'accusé et d'autres hommes, chacun aidant les autres à tour de rôle, sans que la poursuite ait à choisir sur quel chef elle procède. R.* v. *Folkes*, 1 *Mood. C.C.* 354; *R.* v. *Gray*, 7 *C. & P.* 164.

Le rapport entre un auteur principal et un complice s'est appliqué au Canada comme en Angleterre à la fin du dix-neuvième siècle: voir *Criminal Law of Canada* de Clarke, (1872), à la p. 97. *R. c. Harder*[5] illustre la position moderne dans ce pays. Cet arrêt traite de la validité d'un acte d'accusation qui allègue que [TRADUCTION] «il a eu une connaissance charnelle de V. B., une femme qui n'était pas son épouse, sans son consentement» alors que la poursuite a établi qu'il n'avait pas eu de rapports sexuels avec la plaignante mais qu'il avait aidé d'autres personnes à le faire. En accueillant le pourvoi de la poursuite et en rétablissant la déclaration de culpabilité prononcée au procès, la Cour à la majorité, dans quatre avis distincts (les juges Fauteux, Rand, Kellock et Locke, le juge en

[5] [1956] R.C.S. 489.

Cartwright J. dissenting), reviewed the development of the law on this point and collected and discussed several of the authorities, which are cited above, covering the relationship of the principals in the first and second degrees particularly in reference to rape, and concluded that the law recognizes no difference in criminal culpability and liability between the ravisher and the assister in rape.

It is my opinion that the phrase "assisting in rape", if not in full and common usage in England in the late nineteenth century, was nevertheless an expression well-known in the law at the time of the drafting of the *Draft Code* and the enactment of the first *Criminal Code* of Canada. It was an expression descriptive of participation in rape and could include, and in its use in the *Criminal Code* was intended to include, the crime of rape whether committed by one acting as ravisher or by one who participated by assisting. In my view the phrase was never intended to include persons assisting to the exclusion of persons actually committing the crime of rape. Therefore, the words so used in s. 12 of the original *Code*, now s. 17, were thus intended to exclude and did exclude rape, however committed, from the scope of the defence of compulsion.

I do not consider that the view expressed above involves any straining of the meaning of the words employed in the *Criminal Code*. The word "assisting" is capable of various meanings and one of the most significant involves the element of participation. Reference to standard and authoritative dictionaries will reveal such definitions as "to aid or help, to be present at, to second and support, to further and promote an action or result, and to participate in an activity". It is interesting to note as well a judicial view on this question expressed in *Mensinger v. O'Hara*[6], at p. 50, where it was said that "The words 'assisted, aided and abetted' import either active participation or co-operation,

[6] (1914), 189 Ill. App. 48.

chef Kerwin et le juge Taschereau souscrivant à l'opinion du juge Fauteux, et le juge Cartwright étant dissident), a fait une revue de l'évolution du droit sur ce point et a cité et analysé plusieurs des décisions et commentaires précités, relativement au rapport entre l'auteur principal et le complice et touchant particulièrement le viol; elle a conclu que le droit ne fait aucune différence, du point de vue de la culpabilité et de la responsabilité criminelles, entre celui qui commet physiquement le viol et celui qui aide à le commettre.

Je suis d'avis que l'expression «aider à l'accomplissement d'un viol», si elle n'était pas d'un usage commun et répandu en Angleterre à la fin du dix-neuvième siècle, était néanmoins bien connue en droit à l'époque de la rédaction du *Draft Code* et de l'adoption du premier *Code criminel* canadien. C'était une expression décrivant la participation au viol et qui pouvait comprendre, et, dans son emploi au *Code criminel*, devait comprendre, le crime de viol, qu'il soit commis par celui qui agit physiquement ou par celui qui y prend part en aidant à le commettre. A mon avis, cette expression ne devait jamais comprendre les personnes qui aident à l'accomplissement d'un viol à l'exclusion des personnes qui le commettent réellement. Par conséquent, les mots employés à l'art. 12 du premier *Code*, maintenant à l'art. 17, devaient donc exclure, et ont effectivement exclu du domaine d'application de la défense de contrainte, le viol, quelle que soit la façon de le commettre.

Je ne crois pas que l'opinion que je viens d'exprimer déforme le sens des mots qu'emploie le *Code criminel*. Le mot «aider» peut avoir plusieurs sens et l'un des plus importants comporte l'élément de participation. La consultation de dictionnaires généraux qui font autorité donnera des définitions telles «assister, être présent à, seconder et appuyer, favoriser et promouvoir une action ou un résultat, et prendre part à une activité». On peut aussi noter avec intérêt l'opinion judiciaire exprimée sur ce point dans *Mensinger v. O'Hara*[6], à la p. 50, où on a dit que [TRADUCTION] «Les mots «a assisté, aidé et encouragé» indiquent une participation active ou la coopération, ou l'encouragement volontaire».

[6] (1914), 189 Ill. App. 48.

or intentional encouragement". It is in that sense that the words "assisting in rape" were employed in the *Draft Code* and in the *Criminal Code* in s. 17.

The Commissioners who drafted the *Draft Code* which was submitted to the Parliament of the United Kingdom in 1879 noted in Note A to page 10 of their report in commenting on the defence of compulsion, which they had included in the *Draft Code* in the same terms which now appear as s. 17 of the *Criminal Code*, that "there is no doubt on the authorities that compulsion is a defence where the crime is not one of a heinous character". By the exclusion of "assisting in rape" which was carried forward in the *Criminal Code* of Canada the Commissioners and the Parliament of Canada recognized that rape was an offence of that heinous character which warranted the exclusion from the defence of compulsion of any participation in its accomplishment. It would be illogical in the extreme to impute an intention to the drafters of the *Draft Code* and the *Criminal Code* of Canada to exclude aiders and abettors from reliance on the defence of compulsion while according it to actual ravishers, particularly when the law recognized equal culpability and equal punishment for both.

Why, it may be asked, was it necessary to employ the words "assisting in rape" in respect of that offence in s. 17 of the *Code*? In my opinion, the answer lies in the peculiar nature of the crime of rape. It is a crime which, as described in the *Criminal Code*, may only be committed by a male and then only upon a female not his wife. Nonetheless, others may be convicted of rape even though, for legal or physiological reasons, they may be incapable of committing the offence in fact. For example, see *R. v. Lord Baltimore*[7], women indicted as principals in the second degree; *R. v. Audley (Lord)*[8], husband convicted for assisting in the rape of his own wife; *R. v. Ram and Ram*[9], woman indicted for rape as a principal in the second degree for aiding her husband; and see,

[7] (1768), 4 Burr. 2179.
[8] (1631), St. Tr. 401.
[9] (1893), 17 Cox C.C. 609.

C'est dans ce sens que le *Draft Code* et l'art. 17 du *Code criminel* ont employé les mots «aide à l'accomplissement d'un viol».

Les commissaires qui ont rédigé le *Draft Code* déposé devant le Parlement du Royaume-Uni en 1879 ont souligné, dans la Note A de la page 10 de leur rapport, dans leur commentaire sur la défense de contrainte, qu'ils ont incluse au *Draft Code* dans les mêmes termes que ceux que l'on retrouve à l'art. 17 du *Code criminel* actuel, que [TRADUCTION] «la jurisprudence ne laisse aucun doute que la contrainte est un moyen de défense lorsque le crime n'est pas d'un caractère odieux». Par l'exclusion de «l'aide à l'accomplissement d'un viol» qu'a reprise le *Code criminel* canadien, les commissaires et le Parlement canadien ont reconnu que le viol est une infraction ayant le caractère odieux qui oblige à nier la défense de contrainte en cas de participation à son accomplissement. Il serait illogique au plus haut point d'attribuer aux rédacteurs du *Draft Code* et du *Code criminel* canadien l'intention de nier, aux personnes qui aident et qui encouragent un viol, la défense de contrainte tout en l'accordant aux personnes qui commettent effectivement un viol, en particulier lorsque la loi reconnaît dans les deux cas la même culpabilité et le même châtiment.

On peut se demander pourquoi il était nécessaire d'employer les mots «aide à l'accomplissement d'un viol» relativement à cette infraction dans l'art. 17 du *Code*. A mon avis, la réponse se trouve dans la nature particulière du viol. Suivant le *Code criminel*, le viol est un crime qui ne peut être commis que par une personne de sexe masculin, contre une femme qui n'est pas son épouse. Néanmoins, d'autres personnes peuvent être déclarées coupables de viol même si, pour des raisons d'ordre légal ou physiologique, elles peuvent être incapables de commettre effectivement l'infraction. Par exemple, dans *R. v. Lord Baltimore*[7], des femmes inculpées comme complices; dans *R. v. Audley (Lord)*[8], un mari déclaré coupable d'avoir aidé au viol de son épouse; dans *R. v. Ram and Ram*[9], une

[7] (1768), 4 Burr. 2179.
[8] (1631), St. Tr. 401.
[9] (1893), 17 Cox C.C. 609.

as well, *R. v. Eldershaw*[10] where it was considered that a boy under fourteen could not be found guilty of rape except as a principal in the second degree. It is this feature of rape which distinguishes it from the other offences which are excluded from the defence of compulsion provided for in s. 17 of the *Code*. In the other offences all persons who have the capacity to attract criminal liability may commit and be convicted of the excluded offences. In rape, however, certain persons can be convicted of rape only as aiders and to exclude from the defence all those who in law could be guilty of and convicted of rape it was necessary to employ the concept of assisting, as it forms the sole basis of guilt for some persons. There can be no doubt in my mind that by including a reference to rape in s. 17 of the *Code* the Parliamentary intent was to exclude it from the defence. The use of the words "assisting in rape" was designed to broaden, rather than to restrict the exclusion, and to bring into the exclusion from the defence those whose liability depended upon assisting in the commission of rape, as well as the rapers in fact.

Whatever the rationale behind the use of the words in the *Criminal Code*, it is evident that since their introduction into the *Code* it has been the view of high legal authority in this country that the words were broad enough to include rape. In the first edition of *Crankshaw's Criminal Code* (1894), at p. 13, under the heading "Compulsion by Force", in a discussion of the effect of the then s. 12, now s. 17, the following appears:

> Although the law will not excuse the commission of any of the above excepted offences—such as murder, piracy, rape, arson—done under cumpulsion [*sic*] by threats even of immediate death, it will be different with a person who is not a free agent physically, but who is subjected—not to threats operating on his mental faculties—but to actual physical force exercised without or against his consent by a third party at the time of the act being done.

[10] (1828), 3 Car. & P. 396.

femme accusée de complicité de viol pour avoir aidé son mari; voir aussi *R. v. Eldershaw*[10], où l'on a décidé qu'un garçon de moins de quatorze ans ne pouvait être déclaré coupable de viol sauf s'il était complice. C'est cet aspect du viol qui le distingue des autres infractions qui sont exclues de la défense de contrainte prévue à l'art. 17 du *Code*. Dans les autres infractions, toute personne susceptible de responsabilité criminelle peut commettre les infractions exclues et en être déclarée coupable. Pour le viol cependant, certaines personnes peuvent être déclarées coupables uniquement pour avoir aidé à le commettre, et pour nier ce moyen de défense à toutes les personnes qui, en droit, peuvent commettre un viol et en être déclarées coupables, il était nécessaire d'employer le concept d'aide, qui constitue pour certaines personnes le seul fondement de culpabilité. Je suis convaincu qu'en mentionnant le viol à l'art. 17 du *Code*, l'intention du législateur était de nier ce moyen de défense en cas de viol. L'emploi des mots «aide à l'accomplissement d'un viol» visait à élargir plutôt qu'à restreindre l'exception et à nier ce moyen de défense aux personnes dont la responsabilité vient de ce qu'elles ont aidé à l'accomplissement d'un viol comme à ceux qui ont effectivement commis le viol.

Quelle que soit la raison de l'emploi de ces mots au *Code criminel*, il est clair que depuis qu'ils figurent au *Code*, nos tribunaux et nos auteurs reconnus ont été d'avis que ces mots sont suffisamment larges pour comprendre le viol. Dans la première édition du *Crankshaw's Criminal Code* (1894), à la p. 13, sous la rubrique [TRADUCTION] «Contrainte par la force», dans une analyse de l'effet de ce qui était alors l'art. 12, maintenant l'art. 17, on lit:

> [TRADUCTION] Même si la loi n'excuse pas la perpétration d'aucune des infractions exclues ci-dessus, telles le meurtre, la piraterie, le viol et le crime d'incendie, commises sous l'effet de la contrainte exercée par des menaces, même de mort immédiate, il en sera autrement dans le cas d'une personne qui n'est pas libre physiquement mais qui est l'objet, non de menaces appliquées à ses facultés mentales, mais d'une force physique réelle exercée sans ou contre son consentement par une autre personne au moment où l'acte est commis.

[10] (1828), 3 Car. & P. 396.

These words, or others of similar import, appeared in subsequent editions of the *Code* down to the seventh edition published in 1959, and this fact strengthens my view that the words were considered to have the effect of excluding rape from the defence of compulsion.

It is, therefore, unnecessary to consider if there was sufficient evidence of compulsion to leave the case to the jury as, in my view, it was an error in any event to do so. I would accordingly dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Norm A. Cuddy, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Manitoba, Winnipeg.

Ces mots, ou d'autres mots de même sens, sont apparus dans les éditions subséquentes du *Code* jusqu'à la septième édition publiée en 1959, et ce fait renforce mon opinion que ces mots devaient avoir pour effet de nier la défense de contrainte dans les cas de viol.

Il est donc inutile d'examiner si la preuve de la contrainte était suffisante pour être soumise au jury puisqu'à mon avis, c'était une erreur que de la soumettre. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'un nouveau procès par la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Norm A. Cuddy, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province du Manitoba, Winnipeg.

Robert Nault *Appellant*;

and

Canadian Consumer Company Limited *Respondent.*

1981: February 18; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil procedure — Authorization to bring a class action — "Adequate representation" of group members — Conclusion unenforceable — Certain and determinate thing — Oral amendment in Supreme Court — Interest and putting in default — Code of Civil Procedure, arts. 469, 1003, 1005 — Civil Code, arts. 1025, 1026, 1065, 1067, 1070.

Appellant accepted an offer appearing in a newspaper to sell cutlery and paid the amount specified. Respondent, the seller, failed to deliver the said cutlery and appellant, acting as representative of the group of buyers, sought authorization to bring a class action, with the ultimate aim of having the Court order respondent to deliver the merchandise and pay damages, consisting of interest at the legal rate on the purchase price from the expiry of one month after the date of payment.

The Superior Court allowed the motion, but the Court of Appeal reversed this judgment on the ground that appellant is not in a position to provide adequate representation for the members of the group described in the motion, as required by art. 1003(*d*) of the *Code of Civil Procedure.*

Held: The appeal should be dismissed.

In an action on a contract it is often going to be difficult to establish an entirely homogeneous group because of the choice of remedies offered by art. 1065 *C.C.*, and it suffices for the conclusion sought to be capable of providing an appropriate remedy for all the members of the group, leaving those who prefer some other remedy to disassociate themselves from the group. In any case, the motion for authorization should be dismissed for a reason that was not mentioned in the lower courts, namely that the conclusion sought is, contrary to art. 469 *C.C.P.*, unenforceable. Cutlery is not a certain and determinate thing that could be the subject of compulsory execution by seizure.

With regard to the contention of appellant that the judge is entitled to revise the proposed conclusion to

Robert Nault *Appelant*;

et

Canadian Consumer Company Limited *Intimée.*

1981: 18 février; 1981: 11 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Procédure civile — Autorisation d'exercer un recours collectif — «Représentation adéquate» des membres du groupe — Conclusion non susceptible d'exécution — Chose certaine et déterminée — Amendement verbal en Cour suprême — Intérêts et mise en demeure — Code de procédure civile, art. 469, 1003, 1005 — Code civil, art. 1025, 1026, 1065, 1067, 1070.

L'appelant avait accepté une offre de vente de coutellerie parue dans un journal et payé le montant prévu. Le vendeur, l'intimée, n'ayant pas livré ladite coutellerie, l'appelant, se disant le porte-parole du groupe d'acheteurs, demande l'autorisation d'exercer un recours collectif, dont le but ultime est de faire condamner l'intimée à livrer la marchandise et à payer des dommages-intérêts consistant en l'intérêt au taux légal sur le prix d'achat à compter d'un mois après paiement.

La Cour supérieure a accordé la requête, mais la Cour d'appel a infirmé ce jugement, au motif que l'appelant n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe décrit à la requête, tel que le requiert l'al. 1003*d*) du *Code de procédure civile.*

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Dans un recours en matière contractuelle, il sera souvent difficile de constituer un groupe entièrement homogène à cause du choix de remèdes qu'offre l'art. 1065 *C.c.*, et il suffira que la conclusion recherchée soit susceptible d'être un remède approprié pour tous les membres du groupe, libre à ceux qui préfèrent un autre remède de s'exclure du groupe. Quoi qu'il en soit, la requête en autorisation doit être rejetée pour un motif qui n'a pas été soulevé devant les tribunaux d'instance inférieure, soit que la conclusion recherchée ne serait pas susceptible d'exécution contrairement à l'art. 469 *C.p.c.*. En effet, la coutellerie n'est pas une chose certaine et déterminée qui pourrait faire l'objet d'une exécution forcée par saisie.

En ce qui a trait à la possibilité qu'aurait le juge, aux dires de l'appelant, de remanier la conclusion proposée

make it admissible, the judge could not, in the case at bar, have amended the conclusion sought by attaching a claim for reimbursement, since in his pleadings appellant expressly rejected any reimbursement.

With regard to the oral motion for leave to amend, submitted at the hearing, to add an alternative claim for damages, it cannot be granted at this stage, not only because it would add a conclusion which is in conflict with appellant's initial intent, but also because it would impose on respondent costs which would have been avoided if appellant had accepted the payment he is now demanding.

Finally, with regard to the claim for interest allegedly due on the expiry of one month after payment, it does not appear that, if there has been no putting in default, it can be allowed.

Cohen v. Bonnier and Dame Stone (1923), 36 K.B. 1; *Melançon v. Commissaires d'écoles de Grand'Mère* (1934), 58 K.B. 498; *Quebec County Railway Company v. Montcalm Land Company Limited* (1928), 46 K.B. 262, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec[1], reversing a judgment of the Superior Court. Appeal dismissed.

Pierre Sylvestre and *Mario Bouchard*, for the appellant.

George R. Hendy and *William Brock*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Appellant was given leave to bring a class action by a judgment of the Superior Court on May 9, 1979, and this judgment was reversed by the Court of Appeal on January 14, 1980, hence his appeal.

In his reasons concurred in by Turgeon J.A., Lamer J.A., as he then was, summarized the issue as follows:

[TRANSLATION] On November 19, 1978 Robert Nault, the respondent in this appeal and applicant in the Superior Court, read advertising in the newspaper *Dimanche-Matin* by which Canadian Consumer Company Limited, the appellant, was offering cutlery for $16.88. Mr. Nault completed the order form for two sets

[1] [1980] R.P. 293.

afin qu'elle soit recevable, le juge n'aurait pu, en l'espèce, modifier la conclusion recherchée pour y joindre une demande de remboursement, puisque l'appelant lui-même, dans ses procédures, s'oppose expressément à tout remboursement.

En ce qui a trait à la requête verbale pour permission d'amender présentée à l'audience pour ajouter une demande subsidiaire en dommages-intérêts, elle ne peut être accueillie à ce stade, non seulement parce qu'elle ajouterait une conclusion contraire à la volonté première de l'appelant mais aussi parce qu'elle imposerait à l'intimée des frais qui auraient été évités si l'appelant avait accepté le remboursement qu'il demande maintenant.

Enfin, en ce qui a trait à la demande d'intérêts qui seraient dus à partir de l'expiration d'un mois après paiement, il ne semble pas, vu l'absence de mise en demeure, qu'elle puisse être accordée.

Jurisprudence: *Cohen c. Bonnier et Dame Stone* (1923), 36 B.R. 1; *Melançon c. Commissaires d'écoles de Grand'Mère* (1934), 58 B.R. 498; *Quebec County Railway Company c. Montcalm Land Company Limited* (1928), 46 B.R. 262.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], infirmant un jugement de la Cour supérieure. Pourvoi rejeté.

Pierre Sylvestre et *Mario Bouchard*, pour l'appelant.

George R. Hendy et *William Brock*, pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Autorisé à exercer un recours collectif par jugement de la Cour supérieure en date du 9 mai 1979, l'appelant a vu ce jugement infirmé par la Cour d'appel le 14 janvier 1980, d'où son pourvoi.

Dans ses motifs auxquels le juge Turgeon souscrit, le juge Lamer, alors juge à la Cour d'appel, résume le débat comme suit:

Le 19 novembre 1978, Robert Nault, l'Intimé à ce pourvoi et Requérant en Cour Supérieure, prenait connaissance d'une publicité dans le journal *Dimanche-Matin* par laquelle Canadian Consumer Company Limited, l'Appelante, offrait une coutellerie au prix de $16.88. Monsieur Nault remplissait le bon de com-

[1] [1980] R.P. 293.

of cutlery, indicating on the detachable coupon his Chargex account number, for the sum of $39.97, representing the cost of two sets of cutlery plus sales tax and shipping costs. The amount of $39.97 was in fact received by Canadian Consumer a few days later, on November 24, 1978. When the company delayed in sending him his merchandise, Nault contacted them several times and filed complaints with the federal Consumer Affairs Bureau of the Department of Consumer and Corporate Affairs. On March 8, 1979 he received a cheque, dated March 2, 1979, refunding the amount paid by him. He chose not to cash it and filed in the Superior Court a motion to bring a class action. The substantive conclusions which he intends eventually to seek for himself and all others in the "group" which he wishes to represent are as follows:

> To order delivery of the cutlery bought by members;
>
> To order respondent to pay members of the group damages on account of the delay in delivery, consisting of interest at the legal rate on the purchase price, from the expiry of one month after the date of payment;

The group he wishes to represent, and of which he says he is a member, is described as follows:

> Any person who has accepted one of the public offers made in the form of advertising in a newspaper of the Province of Quebec, by which the respondent offered to sell "six place settings" of Old Colony cutlery, who has made payment, and who has not received the cutlery bought within one month of payment;

Article 1003 *C.C.P.* lists the conditions on which the prior authorization necessary to bring a class action may be given:

> **1003.** The Court authorizes the bringing of the class action and ascribes the status of representative to the member it designates if of opinion that:
>
> (*a*) the recourses of the members raise identical, similar or related questions of law or fact;
>
> (*b*) the facts alleged seem to justify the conclusions sought;
>
> (*c*) the composition of the group makes the application of article 59 or 67 difficult or impracticable; and

mande pour deux ensembles de coutellerie en indiquant sur le coupon détachable son numéro de compte Chargex pour un montant de $39.97, somme qui représente le prix des deux coutelleries, auquel s'ajoutent la taxe de vente et les frais d'expédition. Effectivement la compagnie Canadian Consumer encaissait le montant de $39.97 quelques jours plus tard, soit le 24 novembre 1978. Suite au retard qu'accusait la compagnie à lui livrer sa marchandise, Nault entreprenait plusieurs démarches auprès de celle-ci et formulait des plaintes auprès du service fédéral aux consommateurs du Ministère de la Consommation et des Corporations. Le 8 mars 1979 il recevait en remboursement du montant qu'il avait payé un chèque daté du 2 mars 1979. Il choisissait de ne pas l'encaisser et présentait en Cour Supérieure une requête pour exercer un recours collectif. Les conclusions de fond qu'il entend éventuellement rechercher pour lui-même et pour tous autres du «groupe» qu'il cherche à représenter sont les suivantes:

> D'ordonner la livraison des coutelleries achetées par les membres;
>
> De condamner l'Intimée à verser aux membres du groupe des dommages-intérêts en raison du retard de livraison, consistant en un intérêt au taux légal sur le prix d'achat, à partir de l'expiration d'un délai d'un mois après paiement;

Le groupe qu'il cherche à représenter et dont il se dit membre est décrit comme suit:

> Toute personne qui a accepté une des offres publiques parues sous forme de publicité dans un journal de la Province de Québec, par laquelle l'Intimée offrait de vendre une «Coutellerie complète pour six personnes» de modèle «Old Colony», qui a effectué paiement et n'a pas reçu livraison de la ou des coutelleries achetées dans le mois qui a suivi le paiement;

L'article 1003 *C.p.c.* énumère les conditions moyennant lesquelles l'autorisation préalable requise pour l'exercice d'un recours collectif pourra être accordée:

> **1003.** Le tribunal autorise l'exercice du recours collectif et attribue le statut de représentant au membre qu'il désigne s'il est d'avis que:
>
> *a*) les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes;
>
> *b*) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées;
>
> *c*) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; et que

(*d*) the member to whom the Court intends to ascribe the status of representative is in a position to represent the members adequately.

In accordance with para. (*d*) of this article, Lamer J.A. concluded that the motion for authorization should be dismissed because appellant is not in a position to provide adequate representation for the members of the group described in the motion. This is because the conclusion sought is too limited to give effect to the rights of members of the group. Apart from interest at the legal rate on the amount paid of $39.97, from one month after payment until delivery, which I shall deal with in greater detail below, the only conclusion sought is "delivery of the cutlery bought by members". This single conclusion could not enable appellant to adequately represent the members of the group, in which as Lamer J.A. pointed out, [TRANSLATION] "the personal interests varied as follows:

1. those who, like himself, did not wish to be repaid, whether an offer had been made to them or not, and who continued to want only the cutlery and/or damages;
2. those who accepted the refund and who wanted to have damages;
3. those who in fact obtained the cutlery, but later than one month after making payment, and who wanted interest on the amount paid for the period elapsed beyond the month;
4. those who had no cutlery, received no refund and wanted their money and interest;
5. finally, those who only wanted the cutlery or a refund."

Lamer J.A. then raised the question of whether, in view of the provision of art. 1005 *C.C.P.* that "the judgment granting the motion describes the group whose members will be bound by any judgment", the judge could have limited the group so as to make appellant an adequate representative. In the circumstances of the case at bar, he felt that in the absence of an amended motion the judge could not impose on appellant a duty to represent a group other than the one he was seeking to represent, even if it constituted a sub-group. The motion accordingly had to be dismissed, as we have seen,

d) le membre auquel il entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres.

C'est en s'appuyant sur l'al. *d*) de cet article que le juge Lamer a conclu au rejet de la requête en autorisation au motif que l'appelant n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe décrit à la requête. Ceci parce que la conclusion recherchée est trop restreinte pour faire valoir les droits des membres du groupe. Outre les intérêts au taux légal sur la somme payée de $39.97, depuis 1 mois après le paiement jusqu'à la livraison et dont je traiterai de façon plus particulière plus loin, la seule conclusion recherchée est «la livraison des coutelleries achetées par les membres». Cette seule conclusion ne permettrait pas à l'appelant de représenter adéquatement les membres du groupe dont, fait observer le juge Lamer, «les intérêts personnels varieront de la façon suivante:

1° ceux qui, comme lui, ne veulent pas être remboursés, qu'on le leur ait offert ou pas, et qui persistent à ne vouloir que la coutellerie, et/ou des dommages-intérêts;
2° ceux qui ont accepté le remboursement et qui voudraient avoir des dommages-intérêts;
3° ceux qui ont de fait obtenu la coutellerie mais ce, après l'expiration d'un mois de la date de leur paiement et qui voudraient des intérêts sur la somme payée pour la période courue au-delà de ce mois;
4° ceux qui n'ont pas eu la coutellerie, n'ont pas eu de remboursement mais voudraient leur argent et des dommages-intérêts;
5° enfin, ceux qui ne recherchent que la coutellerie ou le remboursement.»

Le juge Lamer se pose alors la question de savoir si au regard de la stipulation de l'art. 1005 *C.p.c.* à l'effet que «le jugement qui fait droit à la requête décrit le groupe dont les membres seront liés par tout jugement», le juge pouvait restreindre le groupe de manière à bonifier la représentativité de l'appelant. Dans les circonstances de l'espèce, il estime qu'à moins d'une requête amendée le juge ne pouvait imposer à l'appelant la représentation d'un groupe autre que celui qu'il voulait représenter, même s'il s'agissait d'un sous-groupe. Partant la requête devait être rejetée comme nous l'avons

for the reason that appellant is not in a position to provide adequate representation for members of the group described in the motion.

It would appear to me that in an action on a contract it is often going to be difficult to establish an entirely homogeneous group because of the choice of remedies offered by art. 1065 *C.C.*, in the event of a default by the debtor:

1065. Every obligation renders the debtor liable in damages in case of a breach of it on his part. The creditor may, in cases which admit of it, demand also a specific performance of the obligation, and that he be authorized to execute it at the debtor's expense, or that the contract from which the obligation arises be set aside; subject to the special provisions contained in this code, and without prejudice, in either case, to his claim for damages.

For my part, I would hesitate to adopt an interpretation as a result of which a class action could not be brought on a contract, and in my opinion it suffices for the conclusion sought to be capable of providing an appropriate remedy for all the members of the group, leaving those who prefer some other remedy to disassociate themselves from the group.

I do not propose to discuss this point any further, because in my view there is in any case another compelling reason why the motion for authorization should have been dismissed.

This reason was not considered either in the Superior Court or in the Court of Appeal, but was argued in this Court at the latter's request.

It is that the conclusion sought, by itself, apart from the interest asked for (which I shall discuss below) could not have been allowed because it is, contrary to art. 469 *C.C.P.*, unenforceable.

The fact is that cutlery is not a certain and determinate thing, and if respondent does not voluntarily carry out the judgment ordering him to make delivery, that judgment cannot be made the subject of compulsory execution by seizure.

As Dorion J. observed in *Cohen v. Bonnier and*

vu au motif que l'appelant n'est pas en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres du groupe décrit à la requête.

Il m'apparaît que dans un recours en matière contractuelle il sera souvent difficile de constituer un groupe entièrement homogène à cause du choix de remèdes qu'offre l'art. 1065 *C.c.* en cas de contravention de la part du débiteur:

1065. Toute obligation rend le débiteur passible de dommages en cas de contravention de sa part; dans les cas qui le permettent, le créancier peut aussi demander l'exécution de l'obligation même, et l'autorisation de la faire exécuter aux dépens du débiteur, ou la résolution du contrat d'où nait l'obligation; sauf les exceptions contenues dans ce Code et sans préjudice à son recours pour les dommages-intérêts dans tous les cas.

J'hésiterais pour ma part à adopter une intervention telle qu'un recours collectif ne puisse être exercé en matière contractuelle et il suffira à mon avis que la conclusion recherchée soit susceptible d'être un remède approprié pour tous les membres du groupe, libre à ceux qui préfèrent un autre remède de s'exclure du groupe.

Je ne me propose pas d'élaborer davantage sur ce sujet car à mon avis il existe par ailleurs un motif péremptoire pourquoi la requête en autorisation devait être rejetée.

Ce motif n'a pas été considéré ni en Cour supérieure ni en Cour d'appel, mais a été débattu devant cette Cour à son invitation.

Ce motif est que la conclusion recherchée, seule, à part les intérêts demandés dont je reparlerai, ne pouvait pas être accordée car elle ne serait pas susceptible d'exécution contrairement à l'art. 469 *C.p.c.*

En effet, la coutellerie n'est pas une chose certaine et déterminée et faute par l'intimée d'exécuter volontairement le jugement lui ordonnant de livrer, celui-ci ne pourrait pas faire l'objet d'une exécution forcée par saisie.

Comme l'écrit le juge Dorion dans *Cohen c.*

Dame Stone[2] at p. 8: [TRANSLATION] "Everyone is agreed on the meaning of the words 'certain and determinate thing': it is a thing the identity of which is known."

The case at bar involves cutlery of the kind described in the advertisement but not identified, not individualized.

This is not a case in which performance of the obligation in kind can be obtained under art. 1065 *C.C.*

Applying the rules of art. 1065 *C.C.* to obligations to give, Mignault observed in *Le droit civil canadien*, vol. 5, at p. 405:

[TRANSLATION] 3. *Obligation to give a thing which is not individually specified*, as for example, A *horse*.—There is no direct means of forcing the debtor to carry out his obligation; for if he does not wish to buy a horse and give it to his creditor, the law obviously cannot compel him to do so. The creditor then has only one recourse, a judgment for damages.

In the *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 7-bis, at p. 233, No. 339, Faribault wrote:

[TRANSLATION] When the object of the obligation to give is not a specific thing, it cannot be performed in kind. The creditor's only recourse then is a claim for damages.

In "L'exécution spécifique des contrats en droit québécois", (1958-59), 5 McGill L.J. 108, Jean-Louis Baudoin writes, at p. 111:

[TRANSLATION] In the contract of sale, specific performance depends solely on the nature of the item sold. When this is an indefinite or unascertained thing, as in a sale by number, weight or measure, the right of ownership does not pass to the buyer before the counting, weighing or measuring have taken place; specific performance is impossible because the subject-matter of the contract is insufficiently identified. On the other hand, if the subject-matter is a definite item, whether movable or immovable, performance in kind is always granted by the courts. As the buyer of movable property becomes the owner even before delivery, he can claim it from the seller or from any third party. In the event of a refusal by the latter to give up the property in question, the creditor may by seizure in revendication obtain physical and legal possession of it.

[2] (1923), 36 K.B. 1.

Bonnier et Dame Stone[2] à la p. 8: «Tout le monde est d'accord sur le sens des mots «chose certaine et déterminée»: c'est une chose dont l'identité est connue.»

Dans l'espèce il s'agit d'une coutellerie d'un genre décrit dans la publicité mais non identifiée, non individualisée.

Ce n'est pas un cas où l'exécution en nature de l'obligation peut être obtenue aux termes de l'art. 1065 *C.c.*

Appliquant les règles de l'art. 1065 *C.c.* aux obligations de donner, Mignault écrit dans *Le droit civil canadien*, t. 5, à la p. 405:

3° *Obligation de donner une chose qui n'est point déterminée individuellement*, par exemple, Un *cheval*. —Il n'existe aucun moyen direct de forcer le débiteur à exécuter son obligation; car, s'il ne veut pas acheter un cheval pour le livrer à son créancier, la justice ne peut évidemment pas l'y contraindre. Il ne reste alors au créancier qu'une seule ressource, la condamnation à des dommages et intérêts.

Faribault dans le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 7-bis, écrit à la p. 233, n° 339:

Lorsque l'obligation de donner a pour objet une chose indéterminée, son exécution en nature n'est plus possible. Le seul recours du créancier consiste alors uniquement dans une réclamation en dommages-intérêts.

Dans «L'exécution spécifique des contrats en droit québécois», (1958-59) 5 McGill L.J. 108, Jean-Louis Baudoin écrit à la p. 111:

Dans le contrat de vente, l'exécution spécifique dépend uniquement de la nature de l'objet vendu. Lorsque celui-ci est un corps incertain ou indéterminé, comme dans la vente au compte, au poids ou à la mesure, le droit de propriété ne passe pas à l'acheteur avant le comptage, le pesage ou le mesurage; l'exécution spécifique est impossible par suite du manque de détermination de l'objet. Par contre, si l'objet est un corps certain, meuble ou immeuble, l'exécution en espèce est toujours octroyée par les tribunaux. L'acheteur d'un meuble devenant propriétaire avant même la livraison, peut le revendiquer entre les mains du vendeur ou de tout tiers. En cas de refus de ceux-ci de délaisser le meuble en question, le créancier peut, au moyen de la saisie revendication, en obtenir la possession physique et légale.

[2] (1923), 36 B.R. 1.

For the time when ownership passes to the buyer, as mentioned in the preceding passage, reference may be made to arts. 1025 and 1026 *C.C.*

The same author further states, at p. 127:

[TRANSLATION] The choice given to the creditor by our law may become a dangerous weapon against him. This risk is twofold. First, the creditor's claim must be so presented that the judgment allowing it can be enforced. Accordingly, if he words his conclusions badly, he risks losing any remedy he may have against his debtor. Second, the courts cannot decide *ultra petita* (art. 113 *C.C.P.*): the judge cannot supply an alternative conclusion which has been omitted, as under our law he is required to consider only the actual claim of the creditor. If, therefore, the latter opts for specific performance, when in the court's opinion this is essentially impossible, he cannot be awarded any monetary compensation. This rule is followed to the point that any judgment ordering a type of performance not recognized by the law is invariably reversed by the appellate courts. To avoid this problem of form, the creditor nowadays generally submits a principal conclusion asking for specific performance and an alternative conclusion asking for damages.

In *Melançon v. Commissaires d'écoles de Grand'Mère*[3], which concerned an action for repayment of part of the price paid for bricks, due to a failure to deliver the entire quantity, Rivard J. observed, at pp. 502-3:

[TRANSLATION] Finally, it should be noted that the general rule of art. 1065 is that failure to perform the obligation makes the debtor liable for damages. The creditor may *also* ask for specific performance of the contract or that it be set aside "in cases which admit of it".

Can the commissioners ask for specific performance in the case at bar? One should not lose sight of the fact that delivery cannot be made without the vendor's co-operation, that no one can make it but him, and he does not wish to do so. In any event, the commissioners asked Melançon to perform his obligation, they gave him notice to deliver: and he refused. Even after this first refusal, he could certainly, in response to the action, have offered to perform, as performance of an obligation is always admissible up to the time of judgment. He did not wish to do so, he maintained the position he had

[3] (1934), 58 K.B. 498.

Au sujet du moment auquel la propriété passe à l'acquéreur tel que mentionné dans le passage qui précède, qu'il suffise de référer aux art. 1025 et 1026 *C.c.*

Le même auteur écrit plus loin, à la p. 127:

Le choix donné au créancier par notre droit, peut devenir une arme dangereuse contre lui. Ce danger présente un double aspect. Tout d'abord la demande du créancier doit être formulée de façon à ce que le jugement qui l'accorde puisse être susceptible d'exécution. Si donc, celui-ci rédige mal ses conclusions, il risque de voir s'éteindre tout recours éventuel contre son débiteur. D'autre part, les tribunaux ne pouvant juger *ultra petita* (art. 113 C. de Proc. civ.) le juge ne peut suppléer à l'omission d'une conclusion subsidiaire, car d'après notre droit il est obligé de considérer uniquement la demande même du créancier. Si donc, celui-ci opte pour l'exécution spécifique, alors qu'elle est moralement impossible selon le tribunal, aucune compensation monétaire ne peut lui être accordée. Ce principe est poussé tellement loin que tout jugement prescrivant un mode d'exécution non prévu par la loi, est invariablement renversé par les Cours d'Appel. Pour pallier cette difficulté de forme, le créancier, de nos jours, conclut en général principalement à l'exécution spécifique et subsidiairement à des dommages-intérêts.

Dans *Melançon c. Commissaires d'écoles de Grand'Mère*[3], où il s'agissait d'une action en remboursement d'une partie du prix payé pour des briques faute de livraison de la quantité totale, le juge Rivard écrit aux pp. 502 et 503:

Enfin, il faut signaler que la règle générale de l'article 1065 est que l'inexécution de l'obligation rend le débiteur passible de dommages-intérêts. Le créancier peut *aussi* demander l'exécution ou la résolution du contrat «dans les cas qui le permettent».

Le cas actuel permettait-il aux commissaires de demander l'exécution? On ne doit pas perdre de vue que la livraison ne pouvait se faire indépendamment du vendeur et que nul ne pouvait la faire que lui, qui ne le voulait pas. Quoi qu'il en soit, les commissaires ont demandé à Melançon l'exécution de son obligation, ils l'ont mis en demeure de livrer; et il a refusé. Même après ce premier refus, il eût pu, sans doute, en réponse à l'action, offrir l'exécution; car, jusqu'à jugement, on est toujours à temps pour remplir son obligation. Il ne l'a pas voulu, il a maintenu la position qu'il avait prise, il

[3] (1934), 58 B.R. 498.

taken, he persisted and continues to persist in refusing delivery. How can he then complain that the commissioners have not called on him to do what they asked, which he refused and still refuses to do?

As Tancelin observed, *Théorie du droit des obligations*, 1975, at p. 367, dealing with obligations to give a generic thing, as in the case at bar, [TRANSLATION] " ... His [the debtor's] refusal to perform may then prevent performance in kind and the creditor must accept damages".

See also on the obligation to perform, *Quebec County Railway Company v. Montcalm Land Company Limited*[4].

Accordingly, I am of the opinion that the motion for authorization should be dismissed on the ground that the conclusion sought by the class action in question, namely delivery of the cutlery, unaccompanied by an alternative conclusion, could not be allowed because it is unenforceable.

However, appellant argued that on a motion for authorization of a class action the judge should take an active part and revise the proposed conclusion to make it admissible. Appellant relied on various articles in the title regarding the conduct of the class action once authorization has been given and the action brought. He also relied on art. 1005 *C.C.P.*:

1005. The judgment granting the motion:

(*a*) describes the group whose members will be bound by any judgment;

(*b*) identifies the principal questions to be dealt with collectively and the related conclusions sought;

(*c*) orders the publication of a notice to the members.

The judgment also determines the date after which a member can no longer request his exclusion from the group, the delay for exclusion cannot be less than thirty days nor more than six months after the date of the notice to the members. Such delay is peremptory; the court may nevertheless permit the exclusion of a member who shows that in fact it was impossible for him to act sooner.

It appears from this article that the judge should not simply allow or refuse the authorization, but in allowing it should make certain rulings. He must

[4] (1928), 46 K.B. 262.

a persisté et il persiste encore dans son refus de livrer. Comment peut-il se plaindre que les commissaires n'aient pas exigé de lui ce qu'ils lui avaient demandé, qu'il avait refusé, et qu'il refuse encore de faire?

Comme l'exprime Tancelin, *Théorie du droit des obligations*, 1975, à la p. 367, traitant des obligations de donner une chose de genre, comme en l'espèce, « ... Son [le débiteur] refus d'exécution peut alors bloquer l'exécution en nature et le créancier doit se contenter de dommages-intérêts».

Voir aussi sur l'obligation de faire *Quebec County Railway Company c. Montcalm Land Company Limited*[4].

Je suis d'avis en conséquence que la requête en autorisation devait être rejetée pour le motif que la conclusion recherchée par le recours collectif envisagé, soit la livraison des coutelleries, non assortie d'une conclusion subsidiaire ne pouvait être accordée parce que non susceptible d'exécution.

L'appelant fait valoir cependant que sur une requête en autorisation d'un recours collectif le juge doit jouer un rôle actif et qu'il pouvait remanier la conclusion proposée afin qu'elle soit recevable. L'appelant se fonde sur divers articles du chapitre relatif au déroulement du recours collectif une fois l'autorisation accordée et le recours intenté. Il se fonde aussi sur l'art. 1005 *C.p.c.*:

1005. Le jugement qui fait droit à la requête:

a) décrit le groupe dont les membres seront liés par tout jugement;

b) identifie les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent;

c) ordonne la publication d'un avis aux membres.

Le jugement détermine également la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe; le délai d'exclusion ne peut être fixé à moins de trente jours ni à plus de six mois après la date de l'avis aux membres. Ce délai est de rigueur; néanmoins, le tribunal peut permettre au membre de s'exclure s'il démontre qu'il a été, en fait, dans l'impossibilité d'agir plus tôt.

Il appert de cet article que le juge ne doit pas se contenter d'accorder ou de refuser l'autorisation mais qu'en l'accordant il doit procéder à certaines

[4] (1928), 46 B.R. 262.

describe the group whose members will be bound by any judgment, identify the principal questions that are to be dealt with collectively and the related conclusions sought, and order publication of a notice to the members. He must also determine the date after which a member can no longer request his exclusion from the group.

The judge undoubtedly enjoys some discretion in this regard, and is not bound strictly by the claims presented by the applicant. However, there is little in the record of the case at bar to indicate what the judge could have done under this article. It is rather a case in which the judge could not correct the written pleadings. In my view, the judge could not have amended the conclusions sought by attaching an alternative conclusion conflicting with the express wish of appellant, who was not willing to accept any reimbursement. After alleging that on or about March 8, 1979 he received from respondent a cheque for $39.36 in repayment of the purchase price (this cheque is filed as Exhibit R-4), appellant alleged:

[TRANSLATION]Applicant never solicited this repayment, refuses it and therefore does not intend to cash the said cheque;

I do not see how the judge could add a conclusion which had been so categorically rejected by appellant himself.

There only remains to consider the possibility that appellant could amend his pleadings.

In his factum, appellant submitted the following claim:

[TRANSLATION]

ALLOW this appeal;

REVERSE the judgment of the Court of Appeal;

GRANT appellant authorization to bring a class action in accordance with the conclusions of the initial motion;

IDENTIFY any other alternative conclusion which the Court sees fit to award in the interests of members of the group.

At the hearing, appellant further submitted an oral motion for leave to amend, to add an alterna-

déterminations. Il doit décrire le groupe dont les membres seront liés par tout jugement, indentifier les principales questions qui seront traitées collectivement et les conclusions recherchées qui s'y rattachent, ordonner la publication d'un avis aux membres. Il doit également déterminer la date après laquelle un membre ne pourra plus s'exclure du groupe.

En cela le juge jouit sans doute d'une certaine discrétion et n'est pas tenu de façon stricte aux demandes formulées par le requérant. Le présent dossier se prête mal toutefois à une élaboration de ce que le juge pourrait faire en vertu de cet article. Il s'agit plutôt d'un cas où le juge ne pouvait pas corriger les procédures. A mon avis le juge ne pouvait modifier la conclusion recherchée pour y joindre une conclusion subsidiaire allant à l'encontre de la volonté expresse de l'appelant qui s'oppose à tout remboursement. Après avoir allégué que le ou vers le 8 mars 1979 il a reçu de l'intimée un chèque de $39.36 en remboursement du prix d'achat, chèque qu'il produit comme pièce R-4, l'appelant allègue en effet:

Le Requérant n'a jamais sollicité ce remboursement, le refuse et n'a donc pas l'intention d'encaisser ledit chèque;

Je ne vois pas comment le juge pouvait ajouter une conclusion écartée de façon aussi catégorique par l'appelant lui-même.

Il reste à considérer la possibilité pour l'appelant d'amender sa procédure.

Dans son factum l'appelant formule la demande suivante:

D'ACCUEILLER le présent appel;

D'INFIRMER le jugement de la Cour d'Appel;

D'ACCORDER à l'Appelant l'autorisation d'exercer le recours collectif selon les conclusions de la requête initiale;

D'IDENTIFIER toute autre conclusion alternative que le Tribunal jugera à propos de rendre dans l'intérêt des membres du groupe.

A l'audience l'appelant a de plus présenté une requête verbale pour permission d'amender, afin

tive claim for damages corresponding to the amount paid plus interest on that amount.

I do not think this motion can be granted at this stage. Apart from adding a conclusion which is in conflict with appellant's initial intent, its only effect would be to allow him to obtain considerable costs.

Appellant admitted receiving a cheque, which he filed as an exhibit, given to him to repay the amount which his conclusion now seeks to claim. The result would be that, if delivery is not made within the time limit, appellant would obtain the payment he was offered on March 8, 1979, while at the same time subjecting respondent to costs which would have been avoided if appellant had accepted at that time what he is now demanding.

That leaves the claim for interest. Appellant asked that respondent be ordered to pay the members of the group damages on account of the delay in delivery, consisting of interest at the legal rate on the purchase price, commencing one month after payment.

Do the facts alleged appear to justify a finding that appellant is entitled to interest commencing one month after payment? Under art. 1070 *C.C.*, damages are not due until the debtor is in default. Appellant did not allege that he had put respondent in default. The notice published by respondent indicated no deadline for delivery. According to art. 1067 *C.C.*, commencing an action at law constitutes putting the debtor in default. In a class action what procedure constitutes commencing an action—a motion for authorization or the instituting of an action when authorization has been given? Do the facts alleged appear to justify a finding that appellant is entitled to interest after March 8, 1979, the date on which respondent offered to reimburse the sum paid by appellant? These are points which were not argued in this Court, but which I felt should be mentioned to illustrate more clearly why this motion for a class action cannot be allowed by this Court on the conclusion relating to interest alone.

d'ajouter une demande subsidiaire en dommage-intérêts correspondant à la somme versée en plus des intérêts sur cette somme.

Je ne crois pas que cette demande puisse être accueillie à ce stade. Outre l'addition d'une conclusion contraire à la volonté première de l'appelant, elle n'aurait pour effet que de permettre à celui-ci d'obtenir des frais considérables.

En effet, l'appelant reconnaît avoir reçu un chèque qu'il a produit comme pièce, destiné à lui rembourser la somme que la conclusion viendrait maintenant réclamer. Le résultat serait qu'à défaut de livraison dans le délai imparti, l'appelant obtiendrait le paiement qui lui a été proposé le 8 mars 1979 tout en imposant à l'intimée des frais qui auraient été évités si l'appelant avait accepté alors ce qu'il demanderait maintenant.

Subsiste la demande d'intérêts. L'appelant demandait en effet que l'intimée soit condamnée à verser aux membres du groupe des dommages-intérêts en raison du retard de livraison, consistant en des intérêts au taux légal sur le prix d'achat, à partir de l'expiration d'un délai d'un mois après paiement.

Les faits allégués paraissent-ils justifier que l'appelant ait droit à des intérêts à partir de l'expiration d'un délai d'un mois après paiement? Selon l'art. 1070 *C.c.* les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure. L'appelant n'allègue aucune mise en demeure. L'avis publié par l'intimée ne mentionnait aucun délai de livraison. Aux termes de l'art. 1067 *C.c.* l'interpellation en justice constitue le débiteur en demeure. Dans un recours collectif quelle procédure constitue une interpellation en justice: la requête en autorisation ou l'introduction d'une action suite à l'autorisation? Les faits allégués paraissent-ils justifier que l'appelant ait droit à des intérêts après le 8 mars 1979, date à laquelle l'intimée a proposé d'effectuer le remboursement de la somme payée par l'appelant? Ce sont là autant de questions qui n'ont pas été débattues devant notre Cour mais auxquelles j'ai cru à propos de faire allusion pour mieux illustrer pourquoi cette requête en recours collectif ne saurait être accordée par notre Cour en fonction seulement de la conclusion relative aux intérêts.

For these reasons, I would not allow the motion for leave to amend submitted by appellant at the hearing and I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Sylvestre, Brisson, Dupin, Charbonneau & Bourdeau, Montreal.

Solicitors for the respondent: Phillips & Vineberg, Montreal.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a pas lieu d'accorder la requête en autorisation d'amender formulée par l'appelant à l'audience et je suis aussi d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Sylvestre, Brisson, Dupin, Charbonneau & Bourdeau, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Phillips & Vineberg, Montréal.

Charlton Lionel Rhynard and Gary Wayne Allen *Appellants*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1981: June 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Indecent assault — Question of consent — Accused did not testify — Uncontradicted evidence of the complainant — Complainant's statements at trial inconsistent with statements given previously — None of these statements related to consent — Trial judge pointing to the jury the danger of convicting on the complainant's evidence alone — Trial judge adequately directing the jury — Criminal Code, s. 149(1).

Binet v. The Queen, [1954] S.C.R. 52; *R. v. Rustad*, [1965] 1 C.C.C. 323, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Nova Scotia[1], dismissing an appeal by the appellants from their conviction of indecent assault. Appeal dismissed.

Walter Newton and *Steven Enman*, for the appellants.

Martin Herschorn and *Dana Giovannetti*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE—We do not need to hear you, Mr. Herschorn and Mr. Giovannetti. The only issue in this case, involving a charge of indecent assault, was consent, and on this issue, there was the uncontradicted evidence of the complainant that there was no consent. In the circumstances, we find no reversible error in the charge of the trial judge who pointed to the danger of convicting on the complainant's evidence alone, although he did not give the so-called *Binet* warning when there were the prior inconsistent sworn and unsworn statements of the complainant. As

[1] (1980), 41 N.S.R. (2d) 104.

Charlton Lionel Rhynard et Gary Wayne Allen *Appelants*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1981: 11 juin.

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

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

Droit criminel — Attentat à la pudeur — Question de consentement — Pas de témoignage des accusés — Témoignage non contredit de la plaignante — Déclarations de la plaignante au procès incompatibles avec des déclarations antérieures — Aucune de ces déclarations relatives au consentement — Juge du procès indiquant au jury le danger de condamner sur le seul témoignage de la plaignante — Directives adéquates du juge du procès au jury — Code criminel, art. 149(1).

Jurisprudence: *Binet c. La Reine*, [1954] R.C.S. 52; *R. v. Rustad*, [1965] 1 C.C.C. 323.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse[1], qui a rejeté un appel interjeté par les appelants de leur déclaration de culpabilité d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

Walter Newton et *Steven Enman*, pour les appelants.

Martin Herschorn et *Dana Giovannetti*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF—M[es] Herschorn et Giovannetti, nous n'avons pas besoin de vous entendre. Le seul point en litige dans cette affaire, relative à une accusation d'attentat à la pudeur, est le consentement et, sur ce point, le témoignage non contredit de la plaignante porte qu'il n'y a pas eu consentement. Dans les circonstances, nous concluons que dans l'exposé du juge du procès, il n'y a pas eu d'erreur justifiant la cassation, même s'il a souligné le danger de condamner sur le seul témoignage de la plaignante sans faire la mise en garde de l'arrêt *Binet* alors que la plaignante avait fait des

[1] (1980), 41 N.S.R. (2d) 104.

was noted by Davey J.A. in *R. v. Rustad*[2], the obligation of a trial judge to give the *Binet* warning depends on the circumstances and on the issues. Those in this case did not require the trial judge to go farther than he did.

The appeal is, accordingly, dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellants: Walter D. Newton, Kentville, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Nova Scotia, Halifax.

[2] [1965] 1 C.C.C. 323.

déclarations judiciaires et extra-judiciaires incompatibles. Comme le souligne le juge Davey de la Cour d'appel dans *R. v. Rustad*[2], l'obligation du juge du procès de faire cette mise en garde dépend des circonstances et des points en litige. La présente espèce n'exigeait pas que le juge du procès allât plus loin qu'il ne l'a fait.

Le pourvoi est par conséquent rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur des appelants: Walter D. Newton, Kentville, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

[2] [1965] 1 C.C.C. 323.

Gordon Meredith Lightfoot *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1981: March 26; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Drunk driving charge — Viva voce evidence — Whether statutory rebuttable presumption applicable — Whether proof of suitability of substance necessary — Criminal Code, ss. 237(1)(c), 237(1)(f).

The appellant was acquitted of a drunk driving charge under s. 236 of the *Criminal Code*. The Crown, electing to proceed under summary conviction procedure, had sought to prove the charge by *viva voce* evidence, relying on the presumption created by s. 237(1)(*c*), and the appellant had called no evidence in defence.

Two questions of law arising out of a stated case were put to the courts: whether the trial judge erred 1) in concluding that the statutory rebuttable presumption could only be applied to a case where the Crown had proceeded by way of certificate evidence and 2) in concluding that there had to be proof of the suitability of the substance used in the breathalyzer machine at the time of the analyses of the samples of the accused's breath. These questions were answered in the affirmative by the courts below and the acquittal was set aside.

Held: The appeal should be dismissed.

With respect to the first question: it is manifest from a plain reading of s. 237 that assuming the requirements of the various subsections are satisfied, the Crown may rely on the presumption of subs. (1)(*c*) whether it proceeds to prove the offence by means of the *viva voce* evidence of a qualified technician or by the production of a certificate under subs. (1)(*f*).

With respect to the second question: admittedly, no such element of proof by the Crown is expressed in s. 237(1)(*c*) and the Court should avoid reading into the section technical requirements which do not flow from the language used by Parliament.

R. v. Crosthwait, [1980] 1 S.C.R. 1089; *R. v. Gorgichuk* (1970), 1 C.C.C. (2d) 492; *R. v. Rogers* (1972), 6 C.C.C. (2d) 496; *R. v. York*, September 16, 1980

Gordon Meredith Lightfoot *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1981: 26 mars; 1981: 11 mai.

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

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

Droit criminel — Accusation de conduite en état d'ébriété — Preuve orale — La présomption légale simple s'applique-t-elle? — Faut-il faire la preuve du caractère approprié de la substance? — Code criminel, art. 237(1)c), 237(1)f).

L'appelant a été acquitté d'une accusation de conduite en état d'ébriété portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. La poursuite, ayant choisi de procéder par voie de déclaration sommaire de culpabilité, a voulu prouver l'accusation par preuve orale, en invoquant la présomption créée par l'al. 237(1)*c*). L'accusé n'a pas soumis de preuve pour sa défense.

L'exposé de cause énonce deux questions de droit qui ont été soumises aux cours: le juge du procès a-t-il commis une erreur 1) en concluant que la présomption légale simple ne peut s'appliquer qu'à une affaire où la poursuite a soumis sa preuve sous forme de certificat et 2) en concluant qu'il fallait faire la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre au moment des analyses des échantillons d'haleine de l'accusé. Toutes les cours d'instance inférieure ont répondu à ces questions par l'affirmative et l'acquittement a été infirmé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Quant à la première question: il est évident à la seule lecture de l'art. 237 que, si les conditions des différents alinéas sont remplies, la poursuite peut invoquer la présomption de l'al. (1)*c*), qu'elle fasse la preuve de l'infraction par le témoignage oral d'un technicien qualifié ou qu'elle produise un certificat conformément à l'al. (1)*f*).

Quant à la seconde question: bien sûr, l'al. 237(1)*c*) ne mentionne pas un tel élément de la preuve de la poursuite et la Cour doit éviter d'interpréter l'article comme s'il comportait des exigences formalistes qui ne découlent pas des termes employés par le législateur.

Jurisprudence: *R. c. Crosthwait*, [1980] 1 R.C.S. 1089; *R. v. Gorgichuk* (1970), 1 C.C.C. (2d) 492; *R. v. Rogers* (1972), 6 C.C.C. (2d) 496; *R. v. York*, le 16

(B.C.C.A.); *R. v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario affirming the order on a stated case. Appeal dismissed.

Gerald R. Kluwak and *Barry Prentice*, for the appellant.

A. G. Campbell, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The appellant is here by leave on two questions of law arising out of a stated case which followed his acquittal of a drunk driving charge under *Criminal Code*, s. 236. The Crown, electing to proceed under summary conviction procedure, sought to prove the charge by *viva voce* evidence, relying on the presumption created by s. 237(1)(*c*). The accused called no evidence in defence.

The case stated at the request of the Crown and pursuant to *Criminal Code*, s. 762 contained four questions as follows:

(i) Did I err in law in concluding that the statutory rebuttable presumption contained in Section 237(1)(*c*) of the *Criminal Code* could only be applied to a case where the Crown had proceeded by way of certificate evidence?

(ii) Did I err in law in concluding that there had to be proof of the suitability of the substance or solution used in the breathalyzer machine at the time of the analyses of the samples of the accused's breath, and proof of how the chemical analyses were conducted where no certificate evidence was relied upon and the Crown proceeded by way of *viva voce* evidence?

(iii) Did I err in law in concluding that the demand made pursuant to Section 235(1) was not made forthwith or as soon as practicable by reason of the delay in taking the roadside sample?

(iv) Did I err in concluding that the samples taken as provided for in Section 237(1)(*c*)(ii) were not taken as soon as practicable by reason of the delay in taking the roadside sample?

septembre 1980 (C.A.C.-B.); *R. v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a confirmé une ordonnance par voie d'exposé de cause. Pourvoi rejeté.

Gerald R. Kluwak et *Barry Prentice*, pour l'appelant.

A. G. Campbell, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—L'appelant se pourvoit, en vertu d'une autorisation, sur deux questions de droit soulevées dans un exposé de cause formulé après son acquittement sur une accusation de conduite en état d'ébriété portée en vertu de l'art. 236 du *Code criminel*. La poursuite, ayant choisi de procéder par voie de déclaration sommaire de culpabilité, a voulu prouver l'accusation par preuve orale, en invoquant la présomption créée par l'al. 237(1)*c*). L'accusé n'a pas soumis de preuve pour sa défense.

L'exposé de cause formulé à la demande de la poursuite, en vertu de l'art. 762 du *Code criminel*, comporte les quatre questions suivantes:

[TRADUCTION]

(i) Ai-je commis une erreur de droit en concluant que la présomption légale simple de l'al. 237(1)*c*) du *Code criminel* ne peut s'appliquer qu'à une affaire où la poursuite a soumis sa preuve sous forme de certificat?

(ii) Ai-je commis une erreur de droit en concluant qu'il fallait faire la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre au moment des analyses des échantillons d'haleine de l'accusé et la preuve de la manière dont les analyses chimiques ont été faites, vu qu'aucun certificat n'a été invoqué comme preuve mais que la poursuite a soumis une preuve orale?

(iii) Ai-je commis une erreur de droit en concluant que la sommation faite en vertu du par. 235(1) n'a pas été faite sur le champ ou dès que possible en raison du retard à prélever l'échantillon sur la route?

(iv) Ai-je commis une erreur en concluant que les échantillons prélevés comme le prévoit le sous-al. 237(1)*c*)(ii) n'ont pas été prélevés aussitôt qu'il était matériellement possible de le faire en raison du retard à prélever les échantillons sur la route?

Robins J. before whom the issues came answered all questions in the stated case in the affirmative. In consequence, he allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and remitted the matter to the trial judge. On further appeal to the Court of Appeal, that Court affirmed the order of Robins J. for the reasons given by him. As indicated above, the case is here by leave on two only, the first two, of the questions set out in the stated case.

I need not dwell at any length on the first of the questions that is before this Court. The reasons of Robins J. are sufficient support for the conclusion that the rebuttable statutory presumption may be raised by the Crown by *viva voce* evidence and that it is not restricted, in its resort to s. 237(1)(*c*) to certificate evidence. Section 237(1)(*c*) is in these terms:

237. (1) In any proceedings under section 234 or 236,

. . .

(*c*) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), if

(i) [not yet proclaimed]

(ii) each sample was taken as soon as practicable after the time when the offence was alleged to have been committed and in any event not later than two hours after that time, with an interval of at least fifteen minutes between the times when the samples were taken,

(iii) each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by a qualified technician, and

(iv) a chemical analysis of each sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician.

evidence of the results of the chemical analyses so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof that the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed was, where the results of the analyses are the same, the proportion determined by such analyses and, where the results of the analyses are different, the lowest of the proportions determined by such analyses;

Robins J. addressed the first question as follows:

Le juge Robins, à qui a été confiée l'affaire, a répondu à toutes les questions de l'exposé de cause par l'affirmative. En conséquence, il a accueilli l'appel de la poursuite, infirmé l'acquittement et renvoyé l'affaire au juge de première instance. Sur appel à la Cour d'appel, celle-ci a confirmé l'ordonnance du juge Robins pour les motifs qu'il avait exprimés. Comme je l'ai déjà signalé, l'affaire est devant nous, sur autorisation, sur seulement deux des questions, les deux premières, formulées dans l'exposé de cause.

Je n'ai pas besoin de m'arrêter longuement à la première des questions soumises à la Cour. Les motifs du juge Robins justifient amplement la conclusion que la poursuite peut invoquer la présomption légale réfutable dans une preuve orale et qu'elle n'est pas limitée, dans son recours à l'al. 237(1)*c*), à la preuve par certificat. L'alinéa 237(1)*c*) est ainsi rédigé:

237. (1) Dans toutes procédures en vertu de l'article 234 ou 236,

. . .

c) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1),

(i) [non proclamé]

(ii) si chaque échantillon a été prélevé dès qu'il a été matériellement possible de le faire après le moment où l'infraction est alléguée avoir été commise et, de toute façon, pas plus de deux heures après ce moment, le second l'ayant été au moins quinze minutes après le premier,

(iii) si chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié, et

(iv) si une analyse chimique de chaque échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié.

la preuve des résultats des analyses chimiques ainsi faites fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, du taux d'alcoolémie dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise, ce taux correspondant aux résultats de ces analyses, lorsqu'ils sont identiques, ou au plus faible d'entre eux s'ils sont différents;

Le juge Robins a ainsi traité de la première question:

Whether the Crown seeks to establish the offence through the certificate of a qualified technician admissible under section 237(1)(*f*) or through the oral testimony of the technician, it is entitled to receive the evidentiary advantage afforded it by section 237(1)(*c*). The evidence of the results of the chemical analysis must in each case by virtue of section 237(1)(*c*), be taken to constitute proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the material time "in the absence of any evidence to the contrary".

There is no merit in my view to the submission made on behalf of the respondent that section 237 is designed solely for the purpose of permitting certificate evidence; the section presents no difficulty of interpretation on this point. I think it manifest from a plain reading of it that assuming the requirements of the various subsections are satisfied, the Crown may rely on the presumption of subsection (1)(*c*) whether it proceeds to prove the offence by means of the *viva voce* evidence of a qualified technician or by the production of a certificate under subsection (1)(*f*). The Court of Appeal indicated in the case of *Regina v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308 that both methods of proof are available to the Crown.

On the second question, counsel for the appellant restricted himself to the first part thereof, that concerning proof of the suitability of the substance or solution used in the breathalyzer machine at the time of the analyses of the samples of the accused's breath. It was his contention that even if he was wrong as to the requirement of certificate evidence only to bring the Crown within s. 237(1)(*c*), it was nonetheless necessary, where the Crown proceeded by *viva voce* evidence, as it did here, to make proof of the suitability of the substance or solution used in the breathalyzer machine. Admittedly, no such element of proof by the Crown is expressed in s. 237(1)(*c*) and the principle expressed by Pigeon J. for this Court in *R. v. Crosthwait*[1] would appear to exclude its importation into that provision. The *Crosthwait* case concerned a drunk driving charge, similar to that in this case, but there the Crown sought to raise the statutory presumption under s. 237(1)(*c*) by producing a certificate of analyses of two breath tests through the officer who took the tests. A question was raised in that case as to the extent to which reliance could be placed upon a certificate made pursuant to s. 237(1)(*f*). Pigeon J. said

[1] [1980] 1 S.C.R. 1089.

[TRADUCTION] Que la poursuite cherche à faire la preuve de l'infraction par le certificat d'un technicien qualifié, recevable en vertu de l'al. 237(1)*f*), ou par le témoignage oral du technicien, elle a droit de profiter de la facilité de preuve que lui procure l'al. 237(1)*c)*. La preuve des résultats des analyses chimiques doit, dans chaque cas, à cause de l'al. 237(1)*c*), être considérée comme la preuve du taux d'alcoolémie du prévenu au moment en cause «en l'absence de toute preuve contraire».

A mon avis, est sans fondement la prétention avancée au nom de l'intimé que l'art. 237 vise seulement à permettre de faire la preuve par certificat. L'article ne présente aucune difficulté d'interprétation sur ce point. Je crois qu'il est évident, à la seule lecture de l'article, que, si les différentes conditions des différents alinéas sont remplies, la poursuite peut invoquer la présomption de l'al. (1)*c*) qu'elle fasse la preuve de l'infraction par le témoignage oral d'un technicien qualifié ou qu'elle produise le certificat de ce dernier conformément à l'al. (1)*f*). Dans l'arrêt *Regina v. Ware* (1975), 30 C.R.N.S. 308, la Cour d'appel a signifié que la poursuite pouvait avoir recours aux deux méthodes de preuve.

Quant à la seconde question, l'avocat de l'appelant s'est limité à sa première partie, celle qui vise la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre au moment des analyses des échantillons d'haleine de l'accusé. Il a soutenu que même s'il avait tort d'affirmer que seule la preuve sous forme de certificat pouvait faire en sorte que la poursuite bénéficie de l'al. 237(1)*c*), il était quand même nécessaire, lorsque la poursuite procède par témoignage oral, comme elle l'a fait en l'espèce, de faire la preuve du caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre. Bien sûr, l'al. 237(1)*c*) ne mentionne pas expressément un tel élément de la preuve de la poursuite et le principe exprimé, au nom de cette Cour, par le juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Crosthwait*[1], paraît écarter son introduction dans cette disposition. L'arrêt *Crosthwait* a trait à une accusation de conduite en état d'ébriété comme en l'espèce, mais dans cette affaire-là, la poursuite avait cherché à faire jouer la présomption de l'al. 237(1)*c*) en faisant produire le certificat d'analyse de deux tests d'haleine délivré par le technicien qui avait fait les tests. On a contesté dans cette affaire la fiabilité qu'on peut attribuer

[1] [1980] 1 R.C.S. 1089.

this in the course of his reasons (at pp. 1099-1100):

In the instant case, the certificate filed at the trial fully complies with the conditions stated in para. (*f*). It was, therefore, by itself, evidence of the results of the analyses. With respect, I cannot agree that there is another implicit condition namely, that the instrument used must be shown to have been functioning properly, and the technician had followed the manufacturer's instructions in testing its accuracy. It is clear from the wording of the *Code* that the rebuttable presumption arises from the mere statements in the certificate itself. The presumption may no doubt be rebutted by evidence that the instrument used was not functioning properly but the certificate cannot be rejected on that account. It may very well be that a scientist would not sign a certificate of analysis on the basis of the tests as performed by the technician, but this is irrelevant. Parliament has prescribed the conditions under which a certificate is evidence of the results of breath analyses and did not see fit to require evidence that the approved instrument was operating properly. Parliament did not see fit to require a check test be made with a standard alcohol solution and made reference only to the solution used for the actual test. Technicians are instructed to make a check test but the making of this test or its results have not been made conditions of the validity of the certificate and it has not been provided that the certificate would not be valid if it was not shown that the instrument had been maintained and operated in accordance with the manufacturer's instruction.

. . .

This does not mean that the accused is at the mercy of the technician: while the certificate is evidence by itself, the facts of which it is evidence are "deemed to be established only in the absence of any evidence to the contrary". Thus, any evidence tending to invalidate the result of the tests may be adduced on behalf of the accused in order to dispute the charge against him. As was pointed out in *R. v. Proudlock*, [[1979] 1 S.C.R. 525], it is not necessary in such cases that the rebutting evidence should do more than raise a reasonable doubt and, of course, this evidence may be sought in the depositions given by witnesses of the Crown as well as in depositions of defence witnesses. Therefore, in my view, the situation here is that the certificate was evidence of the results of the analyses by virtue of the express provisions of the *Criminal Code*, however, the further question remained: Was there evidence to the contrary sufficient at least to raise a reasonable doubt?

au certificat préparé en vertu de l'al. 237(1)*f*). Le juge Pigeon dit ceci dans ses motifs (aux pp. 1099 et 1100):

En l'espèce, le certificat déposé au procès respecte entièrement les conditions énoncées à l'al. *f*). En lui-même il faisait donc preuve des résultats des analyses. Avec égards, je ne peux accepter qu'il existe une autre condition implicite savoir, qu'il faut démontrer que l'instrument utilisé fonctionnait bien et que le technicien avait suivi les directives du fabricant pour en vérifier l'exactitude. Il ressort clairement du texte du *Code* que les énoncés du certificat font naître par eux-mêmes la présomption simple. La présomption peut sans doute être réfutée par la preuve du mauvais fonctionnement de l'instrument utilisé, mais le certificat ne peut être rejeté pour ce motif. Il se peut fort bien qu'un homme de science refuserait de signer un certificat d'analyse fondé sur les tests effectués par le technicien, mais cela n'est pas pertinent. Le Parlement a établi les conditions auxquelles un certificat fait preuve des résultats des analyses d'haleine et n'a pas jugé bon d'exiger la preuve que l'instrument approuvé fonctionnait bien. Le Parlement n'a pas jugé bon d'exiger qu'un test de vérification soit effectué avec une solution type d'alcool; il n'a parlé que de la solution utilisée pour le test de l'haleine. On recommande bien aux techniciens d'effectuer un test de vérification, mais ce test ou ses résultats n'ont jamais été exigés comme condition de la validité du certificat et il n'a pas été prévu que le certificat serait invalide si l'on ne prouvait pas que l'instrument avait été entretenu et utilisé conformément aux directives du fabricant.

. . .

Cela ne signifie pas que le prévenu est à la merci du technicien: bien que le certificat constitue par lui-même une preuve, les faits qu'il établit sont «réputé(s) établi(s) seulement en l'absence de toute preuve contraire». Ainsi, toute preuve qui tend à invalider le résultat des tests peut être produite au nom de l'accusé afin de contester l'accusation portée contre lui. Comme on l'a dit dans *R. c. Proudlock*, [[1979] 1 R.C.S. 525], il n'est pas nécessaire en pareil cas que la preuve contraire soulève plus qu'un doute raisonnable et, bien sûr, cette preuve peut être puisée autant dans les dépositions des témoins du ministère public que dans celles des témoins de la défense. A mon avis, en l'espèce le certificat faisant preuve des résultats des analyses en vertu des dispositions expresses du *Code criminel*, cependant, une autre question demeure: existait-il une preuve contraire suffisante pour soulever au moins un doute raisonnable?

Counsel for the appellant submitted, however, that he was not seeking to have the Court introduce an element of proof into a provision which did not express it but rather was seeking to have the Court give a proper interpretation to s. 237(1)(*c*) in the light of the various provisions of s. 237(1), including s. 237(1)(*e*) and (*f*). Subsections (1)(*e*) and (1)(*f*) are "certificate" clauses reading respectively as follows:

237. (1) ...

(*e*) a certificate of an analyst stating that he has made an analysis of a sample of any substance or solution intended for use in an approved instrument and identified in the certificate and that the sample analyzed by him was found to be suitable for use in an approved instrument, is evidence that the substance or solution so identified is suitable for use in an approved instrument, without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate; and

(*f*) where samples of the breath of the accused have been taken pursuant to a demand made under subsection 235(1), a certificate of a qualified technician stating

(i) that each chemical analysis of the samples has been made by means of an approved instrument operated by him in which a substance or solution suitable for use in that approved instrument and identified in the certificate was used,

(ii) the results of the chemical analyses so made, and

(iii) if the samples were taken by him,

(A) [not yet proclaimed]

(B) the time when and place where each sample and any specimen described in clause (A) was taken, and

(C) that each sample was received from the accused directly into an approved container or into an approved instrument operated by the technician,

is evidence of the statements contained in the certificate without proof of the signature or the official character of the person appearing to have signed the certificate.

Emphasis was laid by counsel for the appellant on the word "identified" in para. (*f*)(i). What

L'avocat de l'appelant a soutenu cependant qu'il ne demandait pas à la Cour d'ajouter un élément de preuve à la disposition, élément qui n'y est pas exprimé, mais qu'il cherchait à lui faire donner la bonne interprétation de l'al. 237(1)*c*), à la lumière des diverses dispositions du par. 237(1), notamment des al. 237(1)*e*) et *f*). Les alinéas (1)*e*) et *f*) sont les textes relatifs au «certificat» et sont ainsi conçus:

237. (1) ...

e) un certificat d'un analyste déclarant qu'il a effectué une analyse d'un échantillon d'une substance ou solution conçue pour être utilisée dans un instrument approuvé et identifiée dans le certificat, et que l'échantillon analysé par lui a été considéré comme propre à être utilisé dans un instrument approuvé, fait preuve de ce que la substance ou solution ainsi identifiée est propre à être utilisée dans un instrument approuvé, sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne; et

f) lorsque des échantillons de l'haleine du prévenu ont été prélevés conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe 235(1), un certificat d'un technicien qualifié énonçant

(i) que chaque analyse chimique des échantillons a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par lui et dans lequel a été utilisée une substance ou solution propre à être utilisée dans cet instrument approuvé et identifiée dans le certificat,

(ii) que les résultats des analyses chimiques ainsi faites, et

(iii) dans le cas où il a lui-même prélevé les échantillons,

(A) [non proclamé]

(B) le temps et le lieu où chaque échantillon et un spécimen quelconque mentionné dans la disposition (A) ont été prélevés, et

(C) que chaque échantillon a été reçu de l'accusé directement dans un contenant approuvé ou dans un instrument approuvé, manipulé par lui,

fait preuve des déclarations contenues dans le certificat sans qu'il soit nécessaire de faire la preuve de la signature de la personne par laquelle il paraît avoir été signé ni de la qualité officielle de cette personne.

L'avocat de l'appelant a insisté sur le mot «identifiée» dans le sous-al. *f*)(i). Ce que l'avocat a

counsel asserted was that this word did no more than require that the certificate name the substance or solution but left its suitability to be proved otherwise by the Crown. He invoked as well the judgment of Johnson J.A. in *R. v. Gorgichuk*[2] decided by the Alberta Appellate Division and the judgment of Taggart J.A. in *R. v. Rogers*[3] a decision of the British Columbia Court of Appeal. Counsel's point was that where the Crown proceeded by certificate evidence under s. 237(1)(*f*) to seek the advantage of the presumption under s. 237(1)(*c*), it was still necessary to prove the suitability of the substance or solution in the breathalyzer instrument, either by resort to a certificate under (*e*) or by the evidence of a qualified witness, namely, the analyst. *A fortiori,* in his submission, was this necessary if the Crown proceeded by *viva voce* evidence alone to raise the presumption.

Reliance was placed on the following passage from the reasons of Johnson J.A. in the *Gorgichuk* case, at p. 496:

> This other question also concerns the technician's certificate. It is whether the production of this certificate alone, without at the same time producing an analyst's certificate that he has analyzed the "substance or solution" and found it "suitable for use in an approved instrument" is sufficient to prove the proportion of alcohol in the blood of the appellant.
>
> Subsection (1)(*c*) provides:
>
> > (*c*) where a sample of the breath of the accused has been taken pursuant to a demand made under subsection (1) of Section 223, if
> >
> > (iv) a chemical analysis of the sample was made by means of an approved instrument operated by a qualified technician,
>
> evidence of the result of the chemical analysis so made is, in the absence of any evidence to the contrary, proof of the proportion of alcohol in the blood of the accused at the time when the offence was alleged to have been committed;

[2] (1970), 1 C.C.C. (2d) 492.
[3] (1972), 6 C.C.C. (2d) 496.

affirmé c'est que ce mot exige que le certificat donne le nom de la substance ou solution mais laisse à la poursuite le soin d'en prouver le caractère approprié d'une autre façon. Il a aussi cité le jugement du juge Johnson dans l'arrêt *R. v. Gorgichuk*[2] de la Division d'appel de l'Alberta et le jugement du juge Taggart dans l'arrêt *R. v. Rogers*[3] rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'argument de l'avocat portait que si la poursuite fait la preuve par certificat en vertu de l'al. 237(1)*f*) pour se prévaloir de la présomption de l'al. 237(1)*c*), il est quand même nécessaire de prouver le caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans l'éthylomètre, soit par recours à un certificat conformément à l'al. *e*) ou au témoignage d'un témoin qualifié, c.-à-d. l'analyste. Et il est d'autant plus nécessaire de le faire, dans son optique, si la poursuite procède simplement par témoignage oral pour faire naître la présomption.

On a invoqué le passage suivant des motifs du juge Johnson, dans l'arrêt *Gorgichuk*, à la p. 496:

> [TRADUCTION] Cette autre question vise également le certificat du technicien. Il s'agit de savoir si la production de ce certificat, sans la présentation simultanée d'un certificat de l'analyste qui atteste que celui-ci a analysé la substance ou solution et l'a trouvée «propre à être utilisée dans un instrument approuvé» suffit à établir le taux d'alcoolémie dans le sang de l'appelant.
>
> L'alinéa (1)*c*) dispose:
>
> > *c*) lorsqu'un échantillon de l'haleine du prévenu a été prélevé conformément à une sommation faite en vertu du paragraphe (1) de l'article 223, si
> >
> > iv) une analyse chimique de l'échantillon a été faite à l'aide d'un instrument approuvé, manipulé par un technicien qualifié,
>
> la preuve du résultat de l'analyse chimique ainsi faite fait preuve, en l'absence de toute preuve contraire, de la proportion d'alcool dans le sang du prévenu au moment où l'infraction est alléguée avoir été commise;

[2] (1970), 1 C.C.C. (2d) 492.
[3] (1972), 6 C.C.C. (2d) 496.

This on its face would appear to be all that is required to establish proof of the alcohol content of the blood. However, the following clauses of the subsection make it clear that the approved instrument can only be operated if it is supplied by a "substance or solution" analyzed by an analyst and found to be suitable for use in an approved instrument (s-s. (1)(*f*)(i)).

Subsection (6) defines an approved instrument and the *Approved Breathalyzer Order*, SOR/69-583, approved a "Borkenstein Breathalyzer as suitable for the purposes of section 224A of the Criminal Code". There is no provision made for the approval of the "substance or solution" intended to be used in the approved instrument other than by an analyst who has analyzed a sample of the same and his finding of suitability may be proved by his certificate under s-s. (1)(*e*). It is clear such a certificate, or failing that, *viva voce* evidence by the analyst, is a part of the Crown's case when it proceeds under these sections.

The *Rogers* case, unlike *Gorgichuk*, was one where the Crown sought to prove a drunk driving charge against an accused by *viva voce* evidence, that of a police officer, a qualified technician, who took breath samples with an approved breathalyzer instrument. As in *Gorgichuk*, so in *Rogers*, the Court held that it was necessary for the Crown to introduce evidence to show that the approved instrument contained a substance or solution suitable for use in the breathalyzer instrument, as well as evidence that a chemical analysis was conducted. "Without such evidence" said Taggart J.A. for the Court, "there is no proper basis for an opinion as to the quantity of alcohol in the bloodstream of the person who is the subject of the analysis" (at p. 500).

The judgment in *Rogers* was somewhat diluted by the British Columbia Court of Appeal in its recent judgment in *R. v. York*, September 16, 1980, not yet reported. It was an appeal from affirmation of a summary conviction on a drunk driving charge and the argument made on behalf of the appellant was that there was no evidence as

C'est, à la lecture de l'alinéa, tout ce qui semble requis pour prouver le taux d'alcool dans le sang. Cependant les alinéas suivants de ce paragraphe énoncent clairement que l'appareil approuvé ne peut être utilisé que s'il est alimenté avec une «substance ou solution» analysée par le technicien et jugée propre à être utilisée dans un instrument approuvé (sous-al. (1)*f*)(i)).

Le paragraphe (6) définit ce qu'est un instrument approuvé et l'*Ordonnance portant approbation d'un ivressomètre*, DORS/69-583, dispose qu'un «ivressomètre Borkenstein est approuvé comme instrument approprié aux fins de l'article 224A du Code criminel». Il n'y a pas de disposition prévoyant l'approbation de la «substance ou solution» à utiliser dans l'instrument approuvé si ce n'est celle venant de l'analyste qui en a analysé un échantillon et qui conclut que la solution est appropriée, approbation qui peut être établie par le certificat qu'il délivre en vertu de l'al. (1)*e*). Il est manifeste qu'un tel certificat ou, à son défaut, le témoignage oral de l'analyste, fait partie de la preuve de la poursuite quand celle-ci agit en vertu de ces articles.

Dans l'affaire *Rogers*, contrairement à l'affaire *Gorgichuk*, Sa Majesté a voulu prouver une accusation de conduite en état d'ébriété contre un accusé par un témoignage oral, soit celui d'un agent de police, en tant que technicien qualifié, qui avait prélevé les échantillons d'haleine à l'aide d'un instrument approuvé. Tant dans l'affaire *Gorgichuk* que dans l'affaire *Rogers*, la Cour a jugé qu'il était nécessaire que la poursuite présente des éléments de preuve pour établir que l'instrument approuvé contenait une substance ou une solution propre à être utilisée dans l'éthylomètre aussi bien que des éléments attestant qu'une analyse chimique avait été faite. [TRADUCTION] «Sans ces éléments de preuve», dit le juge Taggart, au nom de la Cour d'appel, «il manque les éléments nécessaires pour fonder un avis sur la quantité d'alcool contenue dans le sang de la personne soumise à l'analyse» (à la p. 500).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a quelque peu diminué la portée de l'arrêt *Rogers* par l'arrêt qu'elle a rendu le 16 septembre 1980 dans l'affaire *R. v. York*, encore inédit. Il s'agit d'un appel de la confirmation d'une déclaration de culpabilité, par voie sommaire, sur une accusation de conduite en état d'ébriété. L'appelant a invoqué

to the suitability of the solution used in the breathalyzer instrument, there was no evidence as to the identity of the solution and there was no evidence as to the making of a chemical analysis. As in the *Rogers* case, the Crown sought to prove the charge by the *viva voce* evidence of a qualified technician who took the breath samples with an approved breathalyzer instrument.

Taggart J.A., who delivered the judgment in *Rogers*, delivered the principal judgment in the *York* case. The conviction was affirmed and the distinction drawn in respect of the *Rogers* case was that there the appeal was by way of stated case and not by way of a straight appeal alleging a want of evidence. Taggart J.A. added that he was not at all satisfied that the nature of the evidence adduced before the trial judge in the *Rogers* case was in any way similar to the nature of the evidence adduced in the *York* case. On the merits, he was of the view that the testimony of the qualified technician as to his use of an approved breathalyzer instrument and with which he took the required breath samples followed by a check of the instrument, was sufficient to enable the County Court Judge to draw the inference that the solution used was suitable and that it was properly identified. Section 237(1)(*c*) was satisfied without more, even as to the chemical analysis.

I find considerable difficulty in reconciling the two cases of *Rogers* and *York* but, in any event, I think that Robins J., who purported to follow the judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Ware*[4] was correct in doing so even if he were not bound to it by *stare decisis*. Lacourcière J.A. who spoke for the Ontario Court of Appeal in the *Ware* case said this (at p. 315) on the point in issue here:

> ... in my view, the learned trial Judge was in error in holding that the suitability of the substance or solution for use in an approved instrument had to be proved as part of the Crown's case before the accused could be found guilty of the offence charged. In my view subs. (1)(*e*) is merely an evidentiary subsection providing the Crown with the means by which to rebut any evidence that the substance or solution was unsuitable. I am of

[4] (1975), 30 C.R.N.S. 308.

l'absence de toute preuve relative au caractère approprié de la solution utilisée dans l'éthylomètre, relative à la nature de la solution et relative à l'analyse chimique elle-même. Comme dans l'affaire *Rogers*, la poursuite a voulu établir la preuve par le témoignage oral du technicien qualifié qui avait prélevé les échantillons d'haleine au moyen d'un éthylomètre approuvé.

Le juge Taggart, qui avait rédigé les motifs de l'arrêt *Rogers*, a rédigé les motifs principaux de la Cour d'appel dans l'affaire *York*. La déclaration de culpabilité a été maintenue et on y établit une distinction avec l'affaire *Rogers* en ce que, dans cette affaire-là, l'appel était sous forme d'exposé de cause et non sous forme d'un appel ordinaire fondé sur l'absence de preuve. Le juge Taggart a aussi indiqué qu'il n'était pas du tout convaincu que la nature de la preuve soumise au juge du procès dans l'affaire *Rogers* était semblable à celle de la preuve soumise dans l'affaire *York*. Au fond, il a jugé que le témoignage du technicien qualifié sur l'utilisation par celui-ci d'un éthylomètre approuvé avec lequel il a prélevé les échantillons d'haleine et sur la vérification postérieure de l'instrument suffisait pour permettre au juge de la Cour de comté de tirer la conclusion que la solution utilisée était appropriée et a été bien identifiée. L'alinéa 237(1)*c*) n'en exige pas plus même pour ce qui a trait à l'analyse chimique.

J'éprouve beaucoup de difficulté à concilier les arrêts *Rogers* et *York*, mais, quoi qu'il en soit, je crois que le juge Robins, qui a voulu se conformer à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Ware*[4], a eu raison de le faire même s'il n'y était pas obligé en vertu du *stare decisis*. Voici ce que dit le juge Lacourcière, au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *Ware* (à la p. 315) sur les points en litige ici:

> [TRADUCTION] ... à mon avis, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il est nécessaire de prouver le caractère approprié de la substance ou solution utilisée dans un instrument approuvé, comme partie de la preuve de la poursuite, pour que l'accusé puisse être déclaré coupable de l'accusation portée. A mon avis, l'al. (1)*e*) est simplement un alinéa relatif à la preuve qui donne à la poursuite la possibilité de réfuter toute

[4] (1975), 30 C.R.N.S. 308.

opinion that it is sufficient for the Crown, in order to prove the commission of the offence, merely to bring the accused within subs. (1)(*a*) and to file the certificate under subs. (1)(*f*) or prove the three enacted requirements of subs. (1)(*c*) by viva voce evidence.

Parliament created a new offence, the actus reus of which includes the prohibited blood-alcohol concentration; it set out a workable procedure to prove it. With great respect, it is not for the courts to defeat the laudable social purpose of the legislation, i.e., keeping off the roads people whose blood-alcohol proportion may exceed the prescribed limit, by adding, as part of the required [*sic*] proof of an offence, the necessity of an analysis of the solution in every case. I am required to "approach the matter by considering what is the mischief aimed at by this Act" [. . .] and to avoid reading into the section technical requirements which do not flow from the language used by Parliament.

In short, the Crown may obtain the advantage of the statutory presumption under s. 237(1)(*c*) by offering proof, by certificate or by oral evidence, of the three elements specified therein. Nothing more is required, in the absence of any evidence to the contrary. In my opinion, both *Gorgichuk* and *Rogers* were wrongly decided.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Bastedo, Cooper, Kluwak & Shostack, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Ontario, Toronto.

preuve tendant à établir que la substance ou la solution est inappropriée. Je suis d'avis que pour prouver la perpétration de l'infraction il suffit à la poursuite d'établir que l'al. (1)*a*) s'applique à l'accusé et de produire le certificat prévu à l'al. (1)*f*) ou de prouver par témoignage oral que les trois exigences énoncées à l'al. (1)*c*) ont été remplies.

Le législateur a créé une nouvelle infraction dont l'actus reus comprend le taux prohibé d'alcool dans le sang; il a établi une procédure pratique pour la prouver. Avec égards, il n'appartient pas aux tribunaux d'aller à l'encontre de l'objet louable de la loi, qui est de retirer de la circulation les personnes dont l'alcoolémie dépasse la limite permise, en ajoutant, comme élément de la preuve de l'infraction, la nécessité de procéder à l'analyse de la solution dans chaque cas. Je dois «aborder la question en me demandant quel est le délit visé par la Loi» [. . .] et éviter d'interpréter l'article comme s'il comportait des exigences formalistes qui ne découlent pas des termes employés par le législateur.

En bref, la poursuite peut se prévaloir de la présomption créée à l'al. 237(1)*c*) en soumettant la preuve, soit par certificat, soit par témoignage oral, des trois éléments qui y sont mentionnés. Rien d'autre n'est exigé en l'absence de toute preuve contraire. A mon avis, les arrêts *Gorgichuk* et *Rogers* sont mal fondés.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Bastedo, Cooper, Kluwak & Shostack, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Cameron Frederick Revelle *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1981: March 30; 1981: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Attempted armed robbery — Unlawful pointing of firearm — Evidence accused in dissociative state as result of combination of factors including brain damage and drunkenness — Defence of non-insane automatism — On appeal, dissociative state considered disease of the mind — No evidence of non-insane automatism to be left with jury — Order for new trial upheld — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 83(1)(a), 84(1)(a), 421(a).

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], reversing a judgment of the Court of General Sessions of the Peace. Appeal dismissed.

Alan D. Gold, for the appellant.

Douglas C. Hunt, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is from a judgment of the Court of Appeal for Ontario which allowed an appeal by the respondent from the acquittal of the appellant on three counts alleging an unlawful attempt to rob Stephen Amey, the unlawful use of a firearm while attempting to commit an indictable offence and without lawful excuse pointing a firearm at Samuel Smith. The principal defence advanced on behalf of the appellant was non-insane automatism, although the defences of drunkenness and insanity arose from the evidence. The trial judge left all three defences to the jury.

[1] (1979), 48 C.C.C. (2d) 267.

Cameron Frederick Revelle *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1981: 30 mars; 1981: 28 mai.

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

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

Droit criminel — Tentative de vol à main armée — Braquer sans excuse légitime une arme à feu — Preuve que l'accusé est dans un état de dissociation par suite d'une combinaison de facteurs dont des lésions cérébrales et l'ivresse — Défense d'automatisme sans aliénation mentale — En appel, l'état de dissociation considéré comme une maladie mentale — Aucune preuve d'automatisme sans aliénation mentale à soumettre au jury — Ordre de nouveau procès confirmé — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 83(1)a), 84(1)a), 421a).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a infirmé un jugement de la Cour des sessions générales de la paix. Pourvoi rejeté.

Alan D. Gold, pour l'appelant.

Douglas C. Hunt, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Cet appel attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli un appel de l'intimée interjeté contre l'acquittement de l'appelant sur trois chefs l'accusant de tentative de vol qualifié sur la personne de Stephen Amey, d'usage d'une arme à feu au moment où il tentait de commettre une infraction criminelle et d'avoir, sans excuse légitime, braqué une arme à feu sur Samuel Smith. Le principal moyen de défense de l'appelant était l'automatisme sans aliénation mentale, quoique la preuve ait fait ressortir les moyens de défense d'ivresse et d'aliénation mentale. Le juge du procès a soumis les trois moyens de défense à l'appréciation du jury.

[1] (1979), 48 C.C.C. (2d) 267.

Martin J.A., who delivered the reasons of the Court, concluded that there was no evidence of non-insane automatism to be left with the jury. I am in agreement with his reasons for reaching that conclusion and for directing a new trial. In my opinion, the appeal should be dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Alan D. Gold, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Le juge Martin, qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel, a conclu qu'il n'y avait aucune preuve d'automatisme sans aliénation mentale à soumettre à l'appréciation du jury. Je suis d'accord avec les motifs qu'il a donnés pour conclure de la sorte et ordonner un nouveau procès. A mon avis, l'appel doit être rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Alan D. Gold, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Wabasso Limited (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

The National Drying Machinery Co. (*Defendant*) *Respondent.*

1981: March 23; 1981: June 22.

Present: Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Negligence — Conflict of laws — Action for damages brought in Quebec — Declinatory exception — "Place where the whole cause of action has arisen" — Choice between contractual and delictual systems of liability — Jurisdiction of Quebec court — Civil Code, art. 1053 — Code of Civil Procedure, art. 68.

In 1969, by a contract concluded in Philadelphia, where respondent had its head office, appellant bought a machine for use in processing polyester fibres by means of heat. In June 1970, respondent's technicians came to Trois-Rivières to install this machine, and give appellant's employees the instructions required for its operation and maintenance.

In March 1973 the factory was destroyed by fire. Appellant alleged that the fire originated in the upper part of the machine and that its employees used it in accordance with the instructions of the technicians, but that the latter failed to warn the employees of the dangers and of the need to clean the upper part of the machine. Hence the action in damages, brought in the Superior Court for the district of Trois-Rivières.

By a declinatory exception, respondent alleged that none of the cases provided for by art. 68 *C.C.P.* applies to it in such a way as to give jurisdiction to the Superior Court. The motion was dismissed at first instance. This judgment was reversed on appeal (Paré J.A. dissenting).

The question is whether a party who has an action in damages based on a contract may disregard the contractual system and base his action on delictual liability when the wrongful act in question is also a fault covered by art. 1053 *C.C.*

Held: The appeal should be allowed.

The same fact can constitute both contractual fault and delictual fault, and the existence of contractual relations between the parties does not deprive the victim of the right to base his remedy on delictual fault. For

Wabasso Limited (*Demanderesse*) *Appelante*;

et

The National Drying Machinery Co. (*Défenderesse*) *Intimée.*

1981: 23 mars; 1981: 22 juin.

Présents: Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité — Droit international privé — Action en dommages intentée au Québec — Exception déclinatoire — «Lieu où toute la cause d'action a pris naissance» — Option entre les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle — Compétence du tribunal québécois — Code civil, art. 1053 — Code de procédure civile, art. 68.

En 1969, par un contrat conclu à Philadelphie, lieu du siège social de l'intimée, l'appelante a acheté une machine destinée à traiter les fibres de polyester au moyen de la chaleur. En juin 1970, les techniciens de l'intimée vinrent à Trois-Rivières installer cette machine et donner aux préposés de l'appelante les instructions requises pour son fonctionnement et entretien.

En mars 1973, l'usine fut détruite par un incendie. L'appelante allègue que l'incendie a pris naissance dans la partie supérieure de cette machine et que ses préposés l'ont utilisée suivant les instructions des techniciens mais que ceux-ci ne les avaient pas avertis des dangers et de la nécessité de procéder au nettoyage de la partie supérieure. D'où l'action en dommages introduite devant la Cour supérieure du district de Trois-Rivières.

Par une exception déclinatoire, l'intimée allégua qu'aucun des cas prévu à l'art. 68 *C.p.c.* ne lui était applicable de façon à donner compétence à la Cour supérieure. En première instance cette requête fut rejetée. Ce jugement fut infirmé en appel (le juge Paré étant dissident).

La question est de savoir si une partie qui a un recours en dommages fondé sur un contrat peut délaisser le régime contractuel et fonder son recours sur la faute délictuelle lorsque la faute reprochée constitue aussi bien une faute que sanctionne l'art. 1053 *C.c.*

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Un même fait peut constituer à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle et l'existence de relations contractuelles entre les parties ne prive pas la victime du droit de fonder son recours sur la faute

him to do so, the fault committed within the framework of the contract must in itself be a fault sanctioned by art. 1053 *C.C.*, in the absence of a contract.

In the case at bar, the liability of respondent would exist even if there had been no contract between it and appellant. There is no reason why the negligent act should suddenly lose its delictual nature because the victim is a party to the contract during the course of which it is committed.

Accordingly, as the whole cause of action, as worded, arose in Trois-Rivières the Superior Court of that district has jurisdiction.

Ross v. Dunstall; Ross v. Emery (1921), 62 S.C.R. 393; *Notre-Dame Hospital v. Patry*, [1975] 2 S.C.R. 388; *Alliance Assurance Co. et al. v. Dominion Electric Protection Company Limited*, [1970] S.C.R. 168; *Villemure v. Turcot*, [1973] S.C.R. 716; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. v. Laura Anne Thompson*, [1971] A.C. 458; *McLean v. Pettigrew*, [1945] S.C.R. 62; *Sorel Industries Ltd. v. Rhoades*, [1945] K.B. 247; *Trower & Sons Ltd. v. Ripstein*, [1944] 4 D.L.R. 497, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Quebec[1], reversing a judgment of the Superior Court[2]. Appeal allowed.

André Gagnon, Q.C., for the plaintiff, appellant.

Vincent O'Donnell, Q.C., Pierre de Grandpré, Q.C., and *Fraser Martin*, for the defendant, respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—By a majority decision of December 27, 1978, the Court of Appeal reversed the judgment of the Superior Court, allowed the declinatory exception of respondent and dismissed appellant's action.

Appellant has for several years operated a textile product factory in Trois-Rivières. On March 21, 1973, this factory was destroyed by a fire for which appellant holds respondent responsible,

[1] [1979] C.A. 279.
[2] [1977] C.S. 782.

délictuelle. Pour ce faire, il faut que la faute commise à l'intérieur du contrat soit en elle-même une faute que sanctionnerait l'art. 1053 *C.c.* en l'absence du contrat.

En l'espèce, la responsabilité de l'intimée existerait même si aucun contrat n'avait existé entre elle et l'appelante. Rien ne justifie que le fait fautif perde soudainement son caractère délictuel parce que la victime est partie au contrat au cours duquel on le commet.

En conséquence, comme toute la cause de l'action telle que libellée a pris naissance à Trois-Rivières, la Cour supérieure de ce district est compétente.

Jurisprudence: *Ross c. Dunstall; Ross c. Emery* (1921), 62 R.C.S. 393; *Hôpital Notre-Dame c. Patry*, [1975] 2 R.C.S. 388; *Alliance Assurance Co. et al. c. Dominion Electric Protection Company Limited*, [1970] R.C.S. 168; *Villemure c. Turcot*, [1973] R.C.S. 716; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. v. Laura Anne Thompson*, [1971] A.C. 458; *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; *Sorel Industries Ltd. c. Rhoades*, [1945] B.R. 247; *Trower & Sons Ltd. v. Ripstein*, [1944] 4 D.L.R. 497.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec[1], infirmant un jugement de la Cour supérieure[2]. Pourvoi accueilli.

André Gagnon, c.r., pour la demanderesse, appelante.

Vincent O'Donnell, c.r., Pierre de Grandpré, c.r., et *Fraser Martin*, pour la défenderesse, intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Par son arrêt majoritaire du 27 décembre 1978, la Cour d'appel a infirmé le jugement de la Cour supérieure, accueilli l'exception déclinatoire de l'intimée et rejeté l'action de l'appelante.

L'appelante exploite depuis de nombreuses années une usine de produits textiles située à Trois-Rivières. Le 21 mars 1973, cette usine fut détruite par un incendie dont l'appelante tient

[1] [1979] C.A. 279.
[2] [1977] C.S. 782.

hence its claim for some $19 million brought in the Superior Court for the district of Trois-Rivières.

Until about 1969, appellant manufactured cotton products. For the purpose of making cotton and polyester products appellant, by a contract concluded in Philadelphia, that is no longer in dispute, bought from respondent a machine made by it, known as a "Heat Setter", for use in processing the polyester fibres by means of heat.

Appellant alleged that the fire originated in the upper part of this machine and was caused by the ignition of combustible deposits left and accumulated by the cotton and the polyester as they were processed, and that these deposits should have been regularly removed and cleaned out. The upper part of the machine is permanently and rigidly closed; it was so designed that it appeared that this upper part did not require any maintenance or cleaning. Appellant further stated that neither it nor its employees committed any fault or negligence, and that its employees could not reasonably have assumed in the circumstances that it was necessary to open and clean the upper part of this machine. Appellant further alleged that its employees used the machine in accordance with the instructions of respondent and its employees with regard to both the manner of its operation and of its maintenance. Finally, appellant relied primarily on paragraphs 4 and 11 of the statement of claim for its submission as to the nature of its action and the jurisdiction of the Superior Court:

[TRANSLATION] 4. Defendant's technicians came to Trois-Rivières in June 1970 to install the machine, start it up and give the instructions required for its proper operation and maintenance to the employees of plaintiff, since it involved new products and procedures;

. . .

11. Without prejudice to the foregoing, defendant and its employees are liable for the damage sustained by plaintiff for the following reasons:

(a) these technicians came to Trois-Rivières and were paid to instruct plaintiff's employees in the operation and maintenance of the machine in question, and the instructions given by them with regard to the said machine and concerning its operation and

l'intimée responsable, d'où sa réclamation de quelque dix-neuf millions de dollars introduite devant la Cour supérieure du district de Trois-Rivières.

Jusqu'en 1969 environ, l'appelante fabriquait des produits de coton. En vue de fabriquer des produits de coton et polyester l'appelante, par contrat conclu à Philadelphie, cela n'est plus contesté, a acheté de l'intimée une machine de sa fabrication, dite «Heat Setter», destinée à traiter les fibres de polyester au moyen de la chaleur.

L'appelante allègue que l'incendie a pris naissance dans la partie supérieure de la machine et a été causé par l'ignition de dépôts combustibles laissés et accumulés par le coton et le polyester lors de leur traitement, lesquels dépôts auraient dû être enlevés et nettoyés régulièrement. La partie supérieure de la machine est fermée d'une façon permanente et rigide; la conception de la machine faisait qu'il apparaissait que telle partie supérieure ne requérait pas d'entretien ou de nettoyage. L'appelante ajoute qu'elle-même et ses préposés n'ont commis aucune faute ni négligence et que ses préposés ne pouvaient raisonnablement supposer dans les circonstances qu'il fallait ouvrir et nettoyer la partie supérieure de cette machine. Toujours suivant l'appelante, ses préposés utilisèrent la machine en suivant les instructions de l'intimée et de ses préposés tant sur la façon d'opérer la machine que sur la façon de l'entretenir. Voici enfin les paragraphes 4 et 11 de la déclaration sur lesquels l'appelante fonde principalement ses prétentions quant à la nature de son action et à la compétence de la Cour supérieure:

4. Les techniciens de la défenderesse vinrent à Trois-Rivières au cours de juin 1970, pour ériger la machine, la mettre en marche et donner les instructions requises pour son bon fonctionnement et entretien aux préposés de la demanderesse vu qu'il s'agissait de produits et de procédés nouveaux;

. . .

11. Sans préjudice à ce que ci-dessus, la défenderesse et ses préposés sont responsables des dommages subis par la demanderesse pour les raisons suivantes:

a) Tels techniciens sont venus à Trois-Rivières moyennant rétribution, pour instruire les préposés de la demanderesse quant à l'opération et l'entretien de la machine en question, et les instructions par eux données au sujet de ladite machine et concernant

maintenance were, in the circumstances, inadequate, incomplete and negligent;

(b) in view of the design of the upper part of the machine and the inadequacy of the instruction manual in this regard, defendant's technicians in the course of their duties, in June 1970 and subsequently, should have warned plaintiff's employees of the dangers and should have recommended that they dismantle and clean the upper part of the said machine regularly;

(c) defendant and its employees knew or should have known, in June 1970 and subsequently, of the serious and ordinarily unforeseeable dangers of fire inherent in the machine in question, as installed and as made and assembled, and they should have informed plaintiff thereof;

By its declinatory exception respondent alleged that it has its head office in Philadelphia, in the State of Pennsylvania, United States, that the contract of sale of the machine was concluded in Philadelphia, that the whole cause of action, if any, results from the sale of the machine, that it has neither its actual domicile nor an elected domicile, nor any office, place of business or agency, in Quebec, and that it has no property there. Respondent alleged, essentially that none of the cases provided for by art. 68 *C.C.P.* applies to it in such a way as to give jurisdiction to the Superior Court for the district of Trois-Rivières. Article 68 reads as follows:

68. Subject to the provisions of articles 70, 71, 74 and 75, and notwithstanding any agreement to the contrary, a purely personal action may be instituted:

1. Before the court of the defendant's real domicile or, in the cases contemplated by article 85 of the Civil Code, before that of his elected domicile.

If the defendant has no domicile in Quebec but resides or possesses property therein, he may be sued before the court of his ordinary residence, before the court of the place where such property is situated, or before the court of the place where the action is personally served upon him;

2. Before the court of the place where the whole cause of action has arisen; or, in an action for libel published in a newspaper, before the court of the district where the plaintiff resides if the newspaper has circulated therein;

3. Before the court of the place where the contract which gives rise to the action was made.

son opération et son entretien, dans les circonstances, étaient inadéquates, incomplètes et fautives;

b) Vu la conception de la partie supérieure de la machine et vu l'insuffisance du manuel d'instructions à ce sujet, les techniciens de la défenderesse, dans l'exécution de leurs fonctions, en juin 1970 et subséquemment, auraient dû avertir les préposés de la demanderesse des dangers et auraient dû leur recommander de défaire et de nettoyer régulièrement la partie supérieure de ladite machine;

c) La défenderesse et ses préposés savaient ou devaient savoir en juin 1970 et subséquemment, les dangers sérieux et normalement imprévisibles d'incendie que comportait la machine en question telle qu'elle fut installée et telle qu'elle était fabriquée et assemblée et ils auraient dû en informer la demanderesse;

Par son exception déclinatoire l'intimée allègue qu'elle a son siège social à Philadelphie, dans l'Etat de Pennsylvanie, États-Unis, que le contrat de vente de la machine a été conclu à Philadelphie, que toute la cause d'action, s'il en est, découle de la vente de la machine, qu'elle n'a ni son domicile réel ni un domicile élu, ni bureau, place d'affaires ou agence au Québec et qu'elle n'y possède aucun bien. L'intimée allègue en somme qu'aucun des cas prévus à l'art. 68 *C.p.c.* ne s'applique à elle de façon à donner compétence à la Cour supérieure du district de Trois-Rivières. L'article 68 se lit comme suit:

68. Sous réserve des dispositions des articles 70, 71, 74 et 75, et nonobstant convention contraire, l'action purement personnelle peut être portée:

1. Devant le tribunal du domicile réel du défendeur, ou, dans les cas prévus à l'article 85 du Code civil, devant celui de son domicile élu.

Si le défendeur n'est pas domicilié au Québec, mais qu'il y réside ou y possède des biens, il peut être assigné soit devant le tribunal de sa résidence, soit devant celui où se trouvent ces biens, soit devant celui du lieu où la demande lui est signifiée en mains propres;

2. Devant le tribunal du lieu où toute la cause d'action a pris naissance; ou, dans le cas d'une action fondée sur un libelle de presse, devant le tribunal du district où réside le demandeur, lorsque l'écrit y a circulé;

3. Devant le tribunal du lieu où a été conclu le contrat qui donne lieu à la demande.

A contract giving rise to an obligation to deliver, negotiated through a third party who was not the representative of the creditor of such obligation, is deemed to have been made at the place where the latter gave his consent.

Appellant challenged the declinatory exception in writing, alleging first that the contract of sale was concluded at Trois-Rivières and not in the United States. It has since abandoned this argument. It further alleged that [TRANSLATION] "the action is based on facts and acts which occurred at Trois-Rivières, and the wrongful acts alleged were committed and the damage occurred at Trois-Rivières", and it stated, as it had already alleged in its statemeent of claim, that the whole cause of action originated in the district of Trois-Rivières.

The issue thus defined was focussed on the much-disputed questions of joint application of the systems of contractual and delictual liability and of an election by the creditor of either system.

In a study titled "Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien", (1962) 22 R. du B. 501, Prof. Paul A. Crépeau writes by way of introduction:

[TRANSLATION] The problem of the relationships between the systems of liability results from a concept of civil liability that is both unitary and dualist. There is now general recognition—since the criticism of the point by Planiol—of the fundamental postulates of the theoretical unity and technical duality of civil liability. On the one hand, there is general agreement that civil liability is based essentially on the breach of a legal obligation, whether a contractual duty or a legal provision. On the other hand, however, it has to be admitted that, where the technical provision of a civil remedy for the damage is concerned, Quebec law like French civil law has developed two systems of liability: one, the contractual system, based on failure to perform an obligation undertaken by agreement; and the other, the extra-contractual system, based on the breach of a legal duty.

These two systems have different characteristics in Quebec law, and contain separate rules favouring one or other of the parties.

Thus, at the outset of this inquiry, it is important to note the differences existing in Quebec positive law between the contractual and extra-contractual systems

Le contrat d'où résulte une obligation de livrer, et qui a été négocié par l'entremise d'un tiers qui n'était pas le représentant du créancier de cette obligation, est tenu pour avoir été conclu au lieu où ce dernier a donné son consentement.

Contestant l'exception déclinatoire par écrit, l'appelante allègue en premier lieu que le contrat de vente a été conclu à Trois-Rivières et non aux États-Unis. Elle a depuis abandonné cette prétention. Elle allègue en outre que «l'action est basée sur des faits et actes qui sont survenus à Trois-Rivières et les actes fautifs allégués ont été commis et les dommages sont survenus à Trois-Rivières» et elle ajoute, comme elle l'avait déjà allégué dans sa déclaration, que toute la cause d'action a pris naissance dans le district de Trois-Rivières.

Le débat ainsi engagé a porté sur les questions tant controversées du cumul des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle et de l'option par le créancier en faveur de l'un ou l'autre régime.

Dans une étude intitulée: «Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien», (1962) 22 R. du B. 501, le professeur Paul A. Crépeau écrit en guise d'introduction:

Le problème des rapports entre les régimes de responsabilité résulte de la conception à la fois unitaire et dualiste de la responsabilité civile. En effet, on admet assez généralement aujourd'hui—et cela depuis la critique de Planiol en la matière—les postulats fondamentaux de l'unité théorique et de la dualité technique de la responsabilité civile. D'un côté, on s'accorde à reconnaître que la responsabilité civile repose essentiellement sur la violation d'une obligation juridique, qu'il s'agisse d'un devoir contractuel ou d'une prescription légale. Mais, de l'autre côté, force est bien de constater que, sur le plan de l'aménagement technique de la réparation civile du préjudice, le droit québecois, à l'instar du droit civil français, a façonné deux régimes de responsabilité: l'un, régime contractuel, fondé sur l'inexécution d'une obligation conventionnelle; l'autre, régime extra-contractuel, reposant sur la violation d'un devoir légal.

Ces deux régimes se présentent en droit québecois sous des traits différents, comportent des règles distinctes favorisant tantôt l'une, tantôt l'autre, des parties.

Aussi, convient-il, dès le début de cette étude, de rappeler les différences qui existent, en droit positif québecois, entre les régimes contractuel et extra-con-

of civil liability. This both provides a better understanding of the essentially practical nature of the problem which we are to examine and indicates how, specifically, the problem of the relationships between these two systems must be approached.

Some of these differences are real and illustrate clearly the technical duality of civil liability; others, on the other hand, are very questionable and should perhaps no longer even be accepted. For these reasons, we will consider them separately.

After, as he said, analysing the differences between the two systems of liability, Prof. Crépeau stated the problem of their joint application and the making of a choice as follows:

[TRANSLATION]

STATEMENT OF PROBLEM

The relationships between the systems of civil liability essentially raise two considerations: that of a choice between the systems and that of the joint application of the systems. What is really involved? The problem of choice raises the question of whether the plaintiff who is a creditor under a contractual obligation may, if he so desires, rely on the contractual provisions, or may discard the latter and rely on the extra-contractual system of liability, depending on which is more favourable to his case. The question is thus one of a choice by the creditor between the contractual action and the extra-contractual action. The problem of joint application raises the question of whether the plaintiff who is a creditor under a contractual obligation can bring a "hybrid action", applying both systems of liability at once, but using the rules from either which are more favourable to his case. As can be seen, what results is a kind of contracto-delictualaction by which, for example, the plaintiff will rely on both the thirty-year prescription of a contractual action and the joint and several liability of the delictual action.

The solution applied will have the following consequences in the case at bar: if what has been called the contractual observance rule must be applied, the cause of action will be based on the breach of a contractual duty, and the Court must conclude, as Mayrand J.A. did, that the action should be brought in the court of respondent's real domicile or in that of the place where the contract was concluded, and in either case this would be the Philadelphia court.

tractuel de responsabilité civile. Cela permet à la fois de mieux saisir le caractère éminemment pratique du problème que nous devons examiner et de faire voir comment, d'une manière précise, doit se poser le problème des relations entre ces deux régimes.

Certaines de ces différences sont réelles et montrent clairement la dualité technique de la responsabilité civile; d'autres, au contraire, sont très contestables et semblent même ne plus devoir être retenues. Pour ces raisons, nous les examinerons séparément.

Après avoir analysé, comme il l'indique, les différences entre les deux régimes de responsabilité, le professeur Crépeau pose le problème du cumul et de l'option de la façon suivante:

POSITION DU PROBLÈME

Les relations entre les régimes de responsabilité civile se présentent essentiellement sous un double aspect: celui de l'option entre les régimes et celui du cumul de ces mêmes régimes. De quoi s'agit-il au juste? Le problème de l'option pose la question de savoir si le demandeur, créancier d'une obligation contractuelle, peut, à son gré, invoquer le régime contractuel ou délaisser ce dernier et invoquer le régime extra-contractuel de responsabilité, selon que l'un ou l'autre lui est plus favorable. Il s'agit donc d'un choix par le créancier entre l'action contractuelle et l'action extra-contractuelle. Le problème du cumul pose, lui, la question de savoir si le demandeur, créancier d'une obligation contractuelle, peut intenter une «action hybride», invoquant à la fois les deux régimes de responsabilité, mais en puisant dans l'un et l'autre les règles qui lui sont davantage favorables. Il s'agit, on le voit, d'une sorte d'action contracto-délictuelle par laquelle le demandeur invoque, par exemple, tout à la fois, la prescription trentenaire de l'action contractuelle et la responsabilité solidaire du recours délictuel.

La solution apportée aura dans l'espèce les conséquences suivantes: si doit s'appliquer ce que l'on a appelé la règle du respect du régime contractuel, c'est la faute contractuelle qui constituera la cause d'action et il faudra conclure avec le juge Mayrand de la Cour d'appel, que l'action doit être intentée devant le tribunal du domicile réel de l'intimée ou devant celui du lieu où a été conclu le contrat et dans les deux cas, c'est le tribunal de Philadelphie.

However, if by joint application of the two systems of liability, or by appellant choosing the system of delictual liability, the action can be based on the delictual wrong which appellant alleges was committed at Trois-Rivières, the Superior Court will have jurisdiction.

In the latter connection, I should say that in my opinion in this case we are concerned not with joint application but with choice. It is true that Paré J.A., dissenting in the Court of Appeal and with whose conclusion I concur, speaks of joint application. Additionally, there is some confusion in appellant's factum, which deals both with joint application and choice. Once appellant admits that the contract was concluded in Philadelphia, it is hard to see how it could base its action even in part on this contract in the Superior Court for the district of Trois-Rivières. Certain passages in appellant's factum indicate, in fact, that it intended to base its action on delictual liability:

[TRANSLATION] ... Respondent's technicians came to Trois-Rivières to install the machine, start it up and give the instructions required for its proper operation and maintenance.

We submit that appellant is basing its action on offences and quasi-offences, because it alleges that respondent's technicians, with regard to the operation and maintenance of the machine, gave inadequate, incomplete and negligent instructions; they did not inform appellant's employees of the serious risks involved in the machine, which they knew or were presumed to know. There was therefore fault, at least the fault of omission, and that fault and its effects continued up to the time of the fire.

This is the position adopted by counsel for the appellant at the hearing, based in particular on the aforesaid paragraphs 4 and 11 of the statement of claim. The real question that arises, therefore, is as to whether a party who has a remedy in damages based on a contract may disregard the contractual provisions and base his action on delictual fault when the fault in question is also one covered by art. 1053 *C.C.*

In support of its position appellant cited the

Par contre si par le cumul des deux régimes de responsabilité ou par l'option de la part de l'appelante en faveur du régime de responsabilité délictuelle, l'action peut être fondée sur la faute délictuelle que l'appelante allègue avoir été commise à Trois-Rivières, la Cour supérieure aura compétence.

Sous ce dernier rapport je dois dire qu'à mon avis dans cette affaire ce n'est pas de cumul qu'il s'agit mais bien plutôt d'option. Le juge Paré, dissident en Cour d'appel et à la conclusion duquel je souscris, parle il est vrai de cumul. Il y a par ailleurs une certaine confusion dans le factum de l'appelante où il est traité et de cumul et d'option. Dès lors que l'appelante reconnaît que le contrat a été conclu à Philadelphie il est difficile de voir comment elle pourrait fonder son recours même en partie sur ce contrat devant la Cour supérieure du district de Trois-Rivières. Certains passages du factum de l'appelante indiquent d'ailleurs qu'elle entend fonder son recours sur la responsabilité délictuelle:

... les techniciens de l'Intimée sont venus à Trois-Rivières pour ériger la machine, la mettre en marche et donner les instructions requises pour son bon fonctionnement et son entretien.

Nous soumettons que l'Appelante base son action sur le plan délictuel et quasi-délictuel car elle allègue que les techniciens de l'Intimée ont donné, concernant l'opération et l'entretien de la machine, des instructions inadéquates, incomplètes et fautives; ils n'ont pas avisé les préposés de l'Appelante des dangers sérieux que la machine comportait, lesquels ils connaissaient ou étaient présumés connaître. Il y a donc faute, au moins faute d'omission, et cette faute et ses effets se sont continués jusqu'à l'incendie.

C'est la position qu'a adoptée le procureur de l'appelante à l'audition en s'appuyant plus particulièrement sur les paragraphes 4 et 11 précités de la déclaration. La véritable question qui se pose est donc de savoir si une partie qui a un recours en dommages fondé sur un contrat peut délaisser le régime contractuel et fonder son recours sur la faute délictuelle lorsque la faute reprochée constitue aussi bien une faute que sanctionne l'art. 1053 *C.c.*

Au soutien de sa position l'appelante invoque l'arrêt de cette Cour *Ross c. Dunstall*; *Ross c.*

judgment of this Court in *Ross v. Dunstall*; *Ross v. Emery*[3].

Appellant Ross was a manufacturer of sporting rifles, the mechanism of which was so designed that a layman could release the trigger with the bolt unlocked though appearing to be locked. To prevent rust, the guns were heavily oiled and purchasers were warned to wipe out this oil before using them. In order to do this, the bolt had to be taken apart, but no instructions were given as to the manner of reassembly. Two purchasers, Dunstall and Emery, were both seriously injured in separate accidents, in which each lost his right eye. Emery had purchased his gun directly from the manufacturer, while Dunstall had bought his through a dealer. Five of the six judges hearing the case found the manufacturer Ross liable in both cases.

Dunstall, who had bought his gun from a dealer and not from the manufacturer, based his action on art. 1053 *C.C.*

As to Emery, he argued for both contractual and delictual liability. Four of the five judges who ruled in the victim's favour accepted the argument of delictual liability under art. 1053 *C.C.* The following passage from Mignault J. at p. 422, which is translated in *Notre-Dame Hospital v. Patry*[4] at pp. 397-8, is instructive:

> The appellant's plea of prescription is not made out, for prescription certainly cannot run before the injury was incurred and these actions were served within the year of the accident. Were this a redhibitory action claiming annulment of the sale, it would possibly be a fatal objection that the respondent Emery allowed the rifle to remain in his possession for three years without firing. But, as I take it, his action can stand, notwithstanding the contractual relations between the parties, upon article 1053 as well as upon articles 1527, 1528 C.C. The former article is applied every day in the case of passengers injured while travelling on railway carriages, although a contract is made between them and the railway company for their transportation. And I cannot assent to the broad proposition that where the

[3] (1921), 62 S.C.R. 393.
[4] [1975] 2 S.C.R. 388.

Emery[3].

L'appelant Ross était un manufacturier de fusils de chasse dont le mécanisme était ainsi conçu qu'un non-initié pouvait en actionner la détente alors que la culasse mobile n'était pas verrouillée bien qu'en apparence elle le fut. Pour les protéger contre la rouille, ces fusils étaient enduits de graisse et les acheteurs étaient avisés d'essuyer cette graisse avant usage. Il fallait pour cela retirer la culasse mais aucune indication n'était donnée sur la façon de la remettre en place. Deux acheteurs, Dunstall et Emery, furent tous deux blessés sérieusement dans des accidents séparés où chacun perdit l'œil droit. Emery avait acheté son fusil directement du manufacturier tandis que Dunstall avait acheté le sien par l'entremise d'un détaillant. Cinq des six juges qui entendirent la cause conclurent à la responsabilité du manufacturier Ross dans les deux cas.

Dunstall qui avait acheté son fusil d'un détaillant et non pas du manufacturier, fonda son recours sur l'art. 1053 *C.c.*

Emery quant à lui invoqua tant la responsabilité contractuelle que la responsabilité délictuelle. C'est la responsabilité délictuelle en vertu de l'art. 1053 *C.c.* qu'ont retenue quatre des cinq juges qui se sont prononcés en faveur de la victime. Il convient de citer le passage suivant du juge Mignault à la p. 422, dont on trouve la traduction dans *Hôpital Notre-Dame c. Patry*[4] aux pp. 397 et 398.

> [TRADUCTION] Le moyen de prescription soulevé par l'appelant n'a pas été établi, car la prescription ne peut certainement pas courir avant que la blessure ait été subie et ces actions ont été signifiées dans l'année qui a suivi l'accident. S'il s'agissait d'une action rédhibitoire en annulation de la vente, l'objection que l'intimé Emery a eu la carabine en sa possession pendant trois ans sans s'en servir serait possiblement fatale. Mais, à mon avis, son action peut, nonobstant les relations contractuelles entre les parties, reposer autant sur l'article 1053 que sur les articles 1527, 1528 C.C. L'article 1053 est appliqué tous les jours au cas de passagers blessés en voyageant par chemin de fer, bien qu'un contrat soit intervenu entre les passagers et la compagnie de chemin de fer pour le transport. Et je ne puis admettre la

[3] (1921), 62 R.C.S. 393.
[4] [1975] 2 R.C.S. 388.

relations between the parties are contractual there cannot also be an action *ex delicto* in favour of one of them. Very much depends on the circumstances of each particular case.

Davies C.J. concurred with Mignault J.

Duff J. wrote, at p. 396:

Is the appellant responsible? I can see no reason for holding that such responsibility does not arise from the very terms of Art. 1053 *C.C.* unless it can be successfully contended that responsibility in such circumstances is limited to that arising from the contract of sale. I see no reason for such a limitation of the effect of the article mentioned.

Anglin J. wrote at p. 399:

The cases fall within the purview of Art. 1053 *C.C.*

and below, at p. 401:

I therefore prefer to rest my opinion in favour of the plaintiffs on Art. 1053 *C.C.*

In *Alliance Assurance Co. et al. v. Dominion Electric Protection Company Limited*[5], Pigeon J. wrote for the Court, at p. 173:

It is true that the existence of contractual relations does in no way exclude the possibility of a delictual or quasi-delictual obligation arising out of the same fact. However, it is necessary for this that all the elements required to give rise to such responsibility should be found. Obviously, a fault is the first of these elements. For a fault to exist, it is essential, as appears from the wording of art. 1053 C.C., that there be either a positive damaging and non-justifiable act or the omission to perform a duty towards the injured party.

In the case at bar no delictual liability was found against respondent because the latter did not owe to the injured party the duty which appellant alleged had not been performed. Pigeon J. explained, in this passage immediately preceding the passage cited above:

Here, on the contrary, it appears to me that the Court of Appeal is right in holding that the respondent did not have a legal obligation to perform the act it is blamed for not doing, namely to call the firemen promptly on reception of the signals coming from the premises of

[5] [1970] S.C.R. 168.

proposition générale que là où les relations entre les parties sont contractuelles, il ne peut exister en même temps un recours délictuel en faveur de l'une d'elles. Tout dépend des circonstances de chaque cas.

Le juge en chef Davies a concouru avec le juge Mignault.

Le juge Duff écrit à la p. 396:

[TRADUCTION] L'appelant est-il responsable? Je ne vois aucune raison pour décider que sa responsabilité ne peut être retenue aux termes mêmes de l'art. 1053 C.C., sauf s'il peut être démontré que, dans de telles circonstances, il n'est possible de retenir que la responsabilité découlant du contrat de vente. Je ne vois aucune raison de restreindre ainsi la portée de l'article en question.

Le juge Anglin écrit à la p. 399:

[TRADUCTION] Ces cas relèvent de l'art. 1053 C.C.

Et plus loin à la p. 401:

[TRADUCTION] Par conséquent, je préfère appuyer sur l'art. 1053 C.C. mon opinion en faveur des demandeurs.

Dans *Alliance Assurance Co. et al. c. Dominion Electric Protection Company Limited*[5], le juge Pigeon écrit au nom de la Cour, à la p. 173:

Il est vrai que l'existence de relations contractuelles n'exclut aucunement la possibilité d'une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle découlant du même fait. Encore faut-il pour que cela soit possible que se rencontrent tous les éléments requis pour donner naissance à cette dernière responsabilité. Le premier de ces éléments est évidemment une faute. Pour qu'il y ait faute, il est essentiel comme cela découle du texte de l'art. 1053 C.C., qu'il y ait soit un fait positif dommageable et non justifiable, soit l'omission d'accomplir un devoir envers la partie lésée.

Dans cette affaire aucune responsabilité délictuelle ne fut retenue contre l'intimée car celle-ci n'avait pas envers la partie lésée le devoir que l'appelante lui reprochait d'avoir omis. Le juge Pigeon l'explique dans ce passage qui précède immédiatement le passage précité:

Ici, au contraire, il me paraît que la Cour d'Appel a raison de dire que l'intimée n'avait pas par la loi l'obligation de faire ce qu'on lui reproche d'avoir omis, c'est-à-dire prévenir avec diligence les pompiers dès la réception de signaux provenant de l'établissement de

[5] [1970] R.C.S. 168.

Sportland Shoe. The respondent is not a public service charged with the duty of watching over a whole district generally, it is a private enterprise which assumes the obligation of surveillance of an establishment through an electrical system only towards those who subscribe to its service. The duty it is blamed for not performing and by reason of which it is alleged to have committed a fault involving liability is not one which falls on everybody; on the contrary, it is solely a contractual obligation.

The fact remains that, in *Alliance*, although no delictual liability was found, Pigeon J. clearly expressed the opinion that "the existence of contractual relations does in no way exclude the possibility of a delictual or quasi-delictual obligation arising out of the same fact".

We have seen that in 1921 Mignault J. had already stated in *Ross v. Dunstall*; *Ross v. Emery* that "The former article is applied every day in the case of passengers injured while travelling on railway carriages, although a contract is made between them and the railway company for their transportation".

Similarly, in the case of a hospital's liability for professional fault by a physician, this Court based such liability on art. 1054 *C.C.*, despite the existence of a contract of care between the hospital and the patient. It will suffice to refer to *Villemure v. Turcot*[6] and *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*[7].

In the *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 8, Nadeau writes at p. 29:

[TRANSLATION] The civil liability of contracting parties may therefore be governed by arts. 1053 *C.C. et seq.*, in addition to the special rules of contract, when the legal obligation not to commit civil fault exists alongside the obligation arising out of the contract.

While in France the majority opinion appears to reject choice, this is not unanimous. In his *Traité de la responsabilité civile en droit français*, vol. I, 2nd ed., 1951, René Savatier writes at pp. 192-3, No. 148:

[TRANSLATION] Can the same person on the basis of the same fact allege against the same defendant both contractual liability and delictual liability? It involves a

[6] [1973] S.C.R. 716.
[7] [1969] S.C.R. 745.

Sportland Shoe. L'intimée n'est pas un service public chargé de surveiller généralement tout un secteur, elle est une entreprise privée qui ne contracte l'obligation de surveillance d'un établissement par le truchement d'une installation électrique qu'à l'égard de celui qui s'abonne à son service. Le devoir qu'on lui reproche d'avoir omis de remplir et en raison duquel on prétend qu'elle a commis une faute génératrice de responsabilité n'est pas de ceux qui incombent à tous, c'est au contraire uniquement une obligation contractuelle dont elle est chargée.

Il demeure que si dans l'affaire *Alliance* il n'y avait pas de responsabilité délictuelle, le juge Pigeon exprime clairement l'opinion que «l'existence de relations contractuelles n'exclut aucunement la possibilité d'une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle découlant du même fait».

Nous avons vu que déjà en 1921 le juge Mignault écrivait dans *Ross c. Dunstall*; *Ross c. Emery* que «L'article 1053 est appliqué tous les jours au cas de passagers blessés en voyageant par chemin de fer, bien qu'un contrat soit intervenu entre les passagers et la compagnie de chemin de fer pour le transport».

De même dans le cas de la responsabilité d'un hôpital pour la faute professionnelle du médecin, c'est sur l'art. 1054 *C.c.* que cette Cour a fondé cette responsabilité malgré l'existence d'un contrat de soins entre l'hôpital et le patient. Qu'il suffise de référer à *Villemure c. Turcot*[6] et *Martel* c. *Hôtel-Dieu St-Vallier*[7].

Dans le *Traité de Droit civil du Québec*, t. 8, Nadeau écrit à la p. 29:

La responsabilité civile des contractants peut donc être régie par les articles 1053 C.C. et s., en plus de l'être par les règles particulières du contrat, quand l'obligation légale de ne pas se rendre coupable de la faute civile, existe à côté de l'obligation née du contrat.

Si en France l'opinion prédominante semble rejeter l'option, elle n'est pas unanime. Dans son *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. I, 2e éd., 1951, René Savatier écrit aux pp. 192 et 193, nº 148:

Une même personne, à propos d'un fait unique, peut-elle invoquer, à la fois, contre un même défendeur, une responsabilité contractuelle et une responsabilité délic-

[6] [1973] R.C.S. 716.
[7] [1969] R.C.S. 745.

choice rather than joint application, as the same damage obviously cannot be compensated for twice. However, this choice would appear to allow the victim to rest his case on whichever of the two forms of liability is most advantageous for him.

Such a choice presents no difficulty in principle. It has been made by individuals having several capacities; and it is well established that the beneficiary of a contract can, instead of relying on the contract, use extra-contractual rights. Thus, one who has paid the debt of another with subrogation may bring an action on the contract against the debtor, but also has an action *negotiorum gestio.* Many such examples could be given.

There does not appear to be any reason why, if a wrongful act against the same victim both breaches a contractual obligation and a non-contractual duty, the existence of the contract would deprive the victim of the delictual action. There is even less reason why the breach of a contractual duty to the victim should deprive him of the benefit of legal liability based on arts. 1384 *et seq.*

However, to provide a legal basis for a choice by the victim between the contractual action and the delictual action, the special and distinct features of each must of course all be present.

And at pp. 200-01, No. 155:

[TRANSLATION] If the foregoing conditions are met, the victim has a choice between the contractual action and the delictual action. It has been argued that this choice does not provide him with any advantages, as allegedly the delictual action cannot enable him to escape the limitations placed by law or agreement on the contractual action, but this argument is not borne out in practice. Prescription, predetermined deadlines and limitations by agreement or by law on contractual liability are futile when the victim relies on delictual liability. Similarly, he can then choose the jurisdiction of the Court where the damaging act took place, or in the case of a criminal offence a criminal jurisdiction.

On the other hand, the courts have always preserved with all its advantages the action arising out of contract, especially where prescription is concerned.

Counsel for the appellant cited to this Court for purposes of comparison certain cases from other jurisdictions, especially the decision of this Court in a Saskatchewan case, *Moran v. Pyle National*

tuelle? Il s'agit d'une option plutôt que d'un cumul, le même préjudice ne pouvant évidemment être réparé deux fois. Mais cette option permettrait à la victime de s'appuyer sur la plus avantageuse, pour elle, des deux responsabilités.

Aucune difficulté de principe ne prohibe ce choix. On a vu jouer une telle option pour les personnes réunissant plusieurs qualités; et il est classique que le bénéficiaire d'un contrat puisse, au lieu de l'invoquer, utiliser des droits extracontractuels. Ainsi, celui qui a payé avec subrogation la dette d'autrui, dispose, contre le débiteur, de l'action du contrat, mais possède aussi l'action de gestion d'affaires. On pourrait multiplier de tels exemples.

On ne voit donc pas pourquoi, si une faute viole, à la fois, contre une même victime, une obligation contractuelle, et un devoir non contractuel, l'existence du contrat priverait la victime de l'action délictuelle. A plus forte raison, la violation d'un devoir contractuel envers la victime ne doit pas lui enlever le bénéfice d'une responsabilité légale tirée des articles 1384 et s.

Mais, pour légitimer, chez la victime, l'option entre l'action contractuelle et l'action délictuelle, il faut, bien entendu, que les éléments propres et distincts de l'une et de l'autre soient réunis.

Et aux pp. 200 et 201, n° 155:

Si les conditions qui précèdent sont remplies, la victime a le choix entre l'action contractuelle et l'action délictuelle. On a prétendu que ce choix ne lui procurait pas d'avantages, l'action délictuelle ne pouvant, dit-on, lui permettre d'échapper aux limitations légales ou conventionnelles de l'action contractuelle. Thèse démentie par les arrêts. Les prescriptions, délais préfix et limitations conventionnelles ou légales de responsabilité contractuelle, sont impuissants quand la victime invoque une responsabilité délictuelle. De même, elle peut alors choisir la compétence du tribunal du lieu de l'acte dommageable, ou, pour une infraction pénale, la compétence criminelle.

A l'inverse, la jurisprudence sauvegarde aussi, dans tous ses avantages, l'action née du contrat, notamment en matière de prescription.

Le procureur de l'appelante nous a par ailleurs cité pour fins de comparaison certains arrêts d'autres juridictions, notamment l'arrêt de cette Cour dans une affaire de la Saskatchewan, *Moran c.*

(Canada) Ltd.[8], and the decision of the Privy Council in an Australian case, *Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. v. Laura Anne Thompson*[9], where it can be seen that the solution which was adopted is the same as the one I am suggesting. However, I do not propose to discuss these cases any further, as they do not create precedents for Quebec civil law.

None of the other cases cited by either side appears to me to be any more decisive of the matter under consideration.

On the other hand, in his study cited above, Prof. Crépeau, commenting on *McLean v. Pettigrew*[10], writes that [TRANSLATION] "it can be definitely stated that the Supreme Court has by implication rejected the choice theory".

As a consequence of an automobile accident the victim, a non-paying passenger, contended that the driver was both contractually and delictually liable. The Court found that there was no contractual relationship between the driver and the non-paying passenger. Accordingly, it dismissed the claims of the victim based on contractual liability.

The following is the complete passage, at p. 548, in which Prof. Crépeau, after analysing this case and citing an extract from the opinion of Taschereau J., concluded that this Court had by implication rejected the choice theory:

[TRANSLATION]This text, which clearly demonstrates the dual nature of the systems of liability, certainly cannot be taken as expressly sanctioning the theory that the systems are incompatible, since the Court finally opted for exclusive application of the delictual system; but since, first, the plaintiff had pleaded both systems, and second, the Court properly thought it necessary, on account of the practical importance attaching in the area of conflicts of law to the distinction between the systems of liability, to discuss at considerable length the type of liability of the gratuitous driver, it can be definitely stated that the Supreme Court has by implication rejected the choice theory.

[8] [1975] 1 S.C.R. 393.
[9] [1971] A.C. 458.
[10] [1945] S.C.R. 62.

Pyle National (Canada) Ltd.[8] et l'arrêt du Conseil privé dans une affaire australienne, *Distillers Co. (Biochemicals) Ltd. v. Laura Anne Thompson*[9], où l'on voit que la solution qui prévaut est la même que celle que je suggère. Je ne me propose pas cependant de me pencher davantage sur ces arrêts qui ne font pas autorité en droit civil québécois.

Quant aux autres arrêts cités de part et d'autre, ils ne me paraissent pas non plus déterminants dans le présent litige.

Par contre, dans son étude précitée, le professeur Crépeau, commentant l'arrêt *McLean c. Pettigrew*[10], écrit qu' "on peut certainement affirmer que le tribunal suprême a implicitement rejeté la thèse de l'option».

A la suite d'un accident d'automobile, la victime, passagère à titre gratuit, invoquait contre le conducteur et la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. La Cour conclut qu'il n'y avait aucun rapport contractuel entre le conducteur et le passager à titre gratuit. Elle écarta donc les prétentions de la victime fondées sur la responsabilité contractuelle.

Après avoir analysé cet arrêt et cité un extrait de l'opinion du juge Taschereau, voici le passage complet, à la p. 548, où le professeur Crépeau conclut que cette Cour aurait implicitement rejeté la thèse de l'option:

Ce texte, qui fait clairement ressortir la dualité des régimes de responsabilité, peut certes ne pas constituer une consécration expresse de la théorie de l'incompatibilité des régimes puisque la Cour opta finalement pour l'application exclusive du régime délictuel; mais vu, d'une part, que la demanderesse avait invoqué les deux régimes et que, d'autre part, la Cour, à bon droit, a cru nécessaire, en raison de l'intérêt pratique s'attachant, dans le domaine des conflits de lois, à la distinction des régimes de responsabilité, de consacrer de longs développements à la qualification de la responsabilité du conducteur bénévole, on peut certainement affirmer que le tribunal suprême a implicitement rejeté la thèse de l'option.

[8] [1975] 1 R.C.S. 393.
[9] [1971] A.C. 458.
[10] [1945] R.C.S. 62.

With respect, I do not share this view. The Court necessarily had to rule on the contractual liability pleaded by the victim. It held that the latter could not plead contractual liability because there was no contract. The Court did not go beyond this. In the circumstances, the problem of choice did not arise. The victim had only one remedy available, that of art. 1053 *C.C.*

I conclude that the same fact can constitute both contractual fault and delictual fault, and that the existence of contractual relations between the parties does not deprive the victim of the right to base his remedy on delictual fault. I concur in the following passage from the judgment of Paré J.A. (at p. 283):

[TRANSLATION] ... the fact that a contracting party, the seller in the case at bar, committed some contractual fault is not a sufficient basis for the conclusion that he is delictually liable under art. 1053 *C.C.* on account of his fault on the one hand and the damage suffered by the contracting party on the other. Thus, the seller will not be liable under art. 1053 *C.C.* if he sells a defective item which is unsuited to its purpose and this results in commercial loss for the buyer.

It is therefore necessary that the fault committed within the framework of the contract be in itself a fault sanctioned by art. 1053 *C.C.* even in the absence of a contract. In the case at bar, the fault alleged was committed within the contract under consideration, but it would exist whatever the contract and whatever its nature (I am of course excluding cases of contractual limitations of liability). This liability would exist even if there had been no contract, and respondent had come into possession of the dangerous object only as the result of appellant's inaction. Indeed, from the viewpoint of art. 1053 *C.C.*, it is not so much the sale which gives rise to liability here, but rather the fact that appellant permitted respondent to use an object made by it, knowing the risks of using it, without warning respondent of those risks. This duty to warn becomes the basis of the liability, and it exists whether or not there is a contract. It is an aspect of negligence which could be cited without recourse to the contract, for anyone who places an object which he knows to be dangerous in use in the hands of another has a duty to warn him of this.

Furthermore, here as in the *Ross* case, I do not see how negligence committed within the framework of a contract can be merely contractual so far as the con-

Avec égards, je ne partage pas cet avis. La Cour devait nécessairement se prononcer sur la responsabilité contractuelle invoquée par la victime. Elle a décidé que celle-ci ne pouvait invoquer une responsabilité contractuelle parce qu'il n'y avait pas de contrat. La Cour ne va pas au-delà. Dans les circonstances le problème de l'option ne se posait pas. Un seul recours s'offrait à la victime, celui de l'art. 1053 *C.c.*

Je conclus qu'un même fait peut constituer à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle et que l'existence de relations contractuelles entre les parties ne prive pas la victime du droit de fonder son recours sur la faute délictuelle. Je suis d'accord avec le passage suivant du juge Paré (à la p. 283):

... ne suffit pas qu'un contractant, vendeur en l'espèce, ait commis une faute contractuelle quelconque pour qu'on puisse conclure qu'il est délictuellement responsable, sous l'article 1053 C.C., à raison de sa faute d'une part et du dommage subi par le contractant d'autre part. Ainsi, le vendeur ne sera pas responsable, sous l'article 1053 C.C., s'il vend un objet défectueux qui, ne répondant pas à sa fin, engendre ainsi une perte commerciale au détriment de l'acheteur.

Il faut donc que la faute commise à l'intérieur du contrat soit en elle-même une faute que sanctionnerait l'article 1053 C.C., même en l'absence d'un contrat. En l'espèce, la faute invoquée est commise à l'intérieur du contrat qui nous occupe mais elle existerait quel que soit le contrat et quelle que soit sa nature (je n'envisage évidemment pas les cas de restriction contractuelle à la responsabilité). Cette responsabilité existerait même si aucun contrat n'avait existé et que l'intimé eût été mis en possession de l'objet dangereux que par une tolérance de la part de l'appelante. En effet, considéré sous l'article 1053 C.C., ce n'est plus tellement la vente qui engendre ici la responsabilité mais bien le fait que l'appelante a toléré que l'intimée se serve d'un objet fabriqué par elle et dont elle connaît les dangers à l'usage sans l'avertir de ce danger. Cette obligation d'avertir devient la source de la responsabilité et elle existe, peu importe qu'il y ait ou non contrat. C'est ici un élément de faute qu'on pourrait invoquer sans recours au contrat, car c'est le devoir de quiconque, plaçant entre les mains d'une autre personne un objet, dont il connaît les dangers à l'usage, de l'en avertir.

D'ailleurs, ici comme dans l'arrêt *Ross*, je ne pourrais concevoir qu'une faute commise à l'intérieur d'un contrat puisse n'être que contractuelle à l'égard du contrac-

tracting party who suffers from it is concerned, while it is delictual with regard to a third party who suffers the same damage. I do not see why the negligent act should in itself suddenly lose its delictual nature because the victim is a party to the contract during the course of which it is committed. To those who might argue that the parties to the contract intended to limit their mutual liability solely to the provisions of the contract, I would reply that any limitation on liability whatever, solely within the limits allowed, can only result from a specific agreement and not from a mere assumption of intent such as that on which this theory necessarily rests.

To the question whether the whole cause of action, namely all the facts that must be proven in order for the action to succeed, arose in the district of Trois-Rivières, I would answer in the affirmative on the action as worded.

The statement of claim bases the delictual action on the facts occurring in Trois-Rivières. It is alleged in paragraph 4 that defendant's technicians came to Trois-Rivières in June 1970 "to install the machine, start it up and give the instructions required . . . ". In paragraph 11, there is again a reference to Trois-Rivières, to which defendant's technicians came and were paid to "instruct plaintiff's employees in the operation and maintenance of the machine", and it is further alleged that the instructions given regarding the operation and maintenance were inadequate, incomplete and negligent. In subparagraph (b) it is alleged that in the course of their duties, in June 1970 and subsequently, defendant's technicians ought to have warned plaintiff's employees of the risk and should have recommended that they regularly dismantle and clean the upper part of the said machine. The statement of claim mentions that all these facts occurred at Trois-Rivières.

In this connection, counsel for the respondent cited, *inter alia*, a decision of the Court of Appeal, *Sorel Industries Ltd. v. Rhoades*[11], and a decision of the Privy Council, *Trower & Sons Ltd. v. Ripstein*[12]. I do not think either of these cases is useful for a solution of the issue before this Court.

[11] [1945] K.B. 247.
[12] [1944] 4 D.L.R. 497.

tant qui en subit le préjudice, alors qu'elle devient délictuelle à l'égard d'un tiers qui subirait le même préjudice. Je ne peux voir pourquoi le fait fautif en soi perdrait soudainement son caractère délictuel, parce que la victime est partie au contrat au cours duquel on le commet. A ceux qui pourraient dire que les parties au contrat ont entendu limiter leur responsabilité réciproque aux seules exigences contractuelles, je répondrais que toute limitation à quelque responsabilité que ce soit, et ce dans les seules limites permises, ne peut résulter que d'une entente définie et non pas d'une simple hypothèse d'intention, sur laquelle repose nécessairement cette doctrine.

Quant à savoir si toute la cause d'action, c'est-à-dire tous les faits dont la preuve doit être faite pour que l'action réussisse, a pris naissance dans le district de Trois-Rivières, je réponds par l'affirmative sur l'action telle que libellée.

La déclaration fait reposer l'action délictuelle sur les faits survenus à Trois-Rivières. Au paragraphe 4 on allègue que les techniciens de la défenderesse vinrent à Trois-Rivières au cours de juin 1970 «pour ériger la machine, la mettre en marche et donner les instructions requises . . . ». Au paragraphe 11, on se rapporte encore à Trois-Rivières où les techniciens de la défenderesse sont venus moyennant rétribution pour «instruire les préposés de la demanderesse quant à l'opération et l'entretien de la machine» et l'on ajoute que les instructions données concernant l'opération et l'entretien étaient inadéquates, incomplètes et fautives. Au sous-paragraphe b), on allègue que dans l'exécution de leurs fonctions en juin 1970 et subséquemment, les techniciens de la défenderesse auraient dû avertir les préposés de la demanderesse des dangers et auraient dû leur recommander de défaire et nettoyer régulièrement la partie supérieure de ladite machine. Tous ces faits, selon la déclaration, sont survenus à Trois-Rivières.

Sous ce rapport les procureurs de l'intimée ont cité notamment un arrêt de la Cour d'appel *Sorel Industries Ltd. c. Rhoades*[11], et un arrêt du Conseil privé *Trower & Sons Ltd. v. Ripstein*[12]. Aucun de ces deux arrêts ne me paraît utile à la solution de ce litige.

[11] [1945] B.R. 247.
[12] [1944] 4 D.L.R. 497.

In *Sorel Industries*, an action had been instituted for a reduction of price and a refund with regard to pieces of artillery manufactured by defendant and found to be defective. The contract was made at Montreal, and the pieces manufactured and delivered at Montreal. The action, which was brought in the district of Richelieu, was transferred to the Superior Court for the district of Montreal.

In *Trower & Sons Ltd.*, there was an action *pro socio* brought in Montreal and based on a contract concluded in London. It was held that the Superior Court for the district of Montreal lacked jurisdiction.

From the foregoing I conclude that the whole cause of action, as worded, arose in the district of Trois-Rivières, and that the Superior Court of that district has jurisdiction.

For these reasons I would allow the appeal, reverse the decision of the Court of Appeal, restore the judgment of the Superior Court and dismiss the declinatory exception of respondent, the whole with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Gagnon, de Billy, Cantin, Martin, Beaudoin and Lesage, Quebec.

Solicitors for the defendant, respondent: Lavery & O'Brien, Montreal.

Dans l'affaire *Sorel Industries*, il s'agissait d'une action en diminution du prix et en remboursement relativement à des pièces d'artillerie fabriquées par le défendeur et jugées défectueuses. Le contrat était intervenu à Montréal, les pièces fabriquées et livrées à Montréal. L'action intentée dans le district de Richelieu fut renvoyée à la Cour supérieure du district de Montréal.

Dans l'affaire *Trower & Sons Ltd.* il s'agissait d'une action *pro socio* intentée à Montréal et fondée sur un contrat intervenu à Londres. Il fut décidé que la Cour supérieure du district de Montréal n'avait pas compétence.

J'en conclus que toute la cause de l'action telle que libellée a pris naissance dans le district de Trois-Rivières et que la Cour supérieure de ce district est compétente.

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rétablir le jugement de la Cour supérieure et de rejeter l'exception déclinatoire de l'intimée, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de la demanderesse, appelante: Gagnon, de Billy, Cantin, Martin, Beaudoin et Lesage, Québec.

Procureurs de la défenderesse, intimée: Lavery & O'Brien, Montréal.

Kurt Schiller, First Devenshire Building Corporation Limited and Nu-Towne Developments Incorporated (*Defendants*) *Appellant, Nu-Towne Developments Incorporated*;

and

Oscar Fisher, Ru-Mor Investments Limited and Kingsmont Properties Limited (*Plaintiffs*) *Respondent, Kingsmont Properties Limited.*

1981: March 9; 1981: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Formation — Acceptance — Delivering of acceptance — Counter offer initialled within time limit — Acceptance letter dated, posted and received after time limit — Letter accompanying counter offer suggesting return as soon as possible — Whether or not effective acceptance creating valid contract.

This appeal raised the question of whether or not an enforceable contract for the sale and purchase of land arose out of correspondence between the plaintiff purchaser (Kingsmont) and the defendant vendor (Nu-Towne). Kingsmont made a counter offer and closed the accompanying letter with the suggestion "that you arrange for the initialling of these new changes and return one copy of the Agreement as soon as possible". Although Nu-Towne initialled the document within the time limit, Kingsmont considered the acceptance to be late because the letter of acceptance was dated and posted after the limit. Kingsmont demanded return of the deposit and commenced action when Nu-Towne refused to do so.

The trial judge dismissed the action, finding that a valid contract existed. The Court of Appeal overturned that decision, however, holding that acceptance had not been made within the time limit. The question before the Court was the effect, if any, of the letter accompanying the counter offer upon the provisions of the form of agreement setting the time limit for acceptance.

Held: The appeal should be allowed.

A detailed, carefully prepared memorandum in the form of an agreement emerged from the negotiations

Kurt Schiller, First Devenshire Building Corporation Limited et Nu-Towne Developments Incorporated (*Défendeurs*) *Appelante, Nu-Towne Developments Incorporated*;

et

Oscar Fisher, Ru-Mor Investments Limited et Kingsmont Properties Limited (*Demandeurs*) *Intimée, Kingsmont Properties Limited.*

1981: 9 mars; 1981: 22 juin.

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

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

Contrats — Formation — Acceptation — Transmission de l'acceptation — Contre-offre paraphée dans le délai prévu — Lettre d'acceptation datée, mise à la poste et reçue après l'expédition du délai — Lettre d'accompagnement de la contre-offre demandant de la retourner dès que possible — L'acceptation réelle crée-t-elle un contrat valide?

Ce pourvoi soulève la question de savoir si une promesse de vente exécutoire d'un terrain a été conclue par l'échange de lettres entre la demanderesse acquéreur (Kingsmont) et la défenderesse venderesse (Nu-Towne). Kingsmont a fait une contre-offre et a terminé la lettre d'accompagnement en proposant «de faire parapher ces modifications et [d'en] retourner un exemplaire dès que possible». Même si Nu-Towne a paraphé le document dans le délai prescrit, Kingsmont a estimé que l'acceptation était tardive parce que la lettre d'acceptation a été datée et mise à la poste après l'expiration du délai. Kingsmont a demandé que le dépôt lui soit retourné et a intenté l'action lorsque Nu-Towne a refusé de le faire.

Le juge de première instance a rejeté l'action, concluant qu'il existait un contrat valide. La Cour d'appel a cependant renversé cette décision et a décidé qu'il n'y avait pas eu acceptation dans le délai prescrit. La question soumise à la Cour porte sur l'effet, s'il en est, de la lettre d'accompagnement de la contre-offre sur les dispositions du projet de convention prévoyant le délai d'acceptation.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les négociations entre les parties ont abouti à une entente précise et soigneusement rédigée sous la forme

between the parties. Following receipt of Nu-Towne's letter of August 20, 1976, with its enclosure, Kingsmont was in accord with the essentials of the arrangement and made only minor changes before returning the form executed and initialled. The closing words of Kingsmont's letter requesting the return of an initialled copy as soon as possible confirmed the fact that Kingsmont assumed that the changes would be accepted and that agreement would thereby be reached. Then, too, the closing words of Kingsmont's letter indicated that the prompt return of the initialled document would be accepted in satisfaction of any formal provision for acceptance contained in the agreement. Nu-Towne accepted the agreement, and initialled and returned it.

Adams v. Lindsell (1818), 1 B. & Ald. 681, referred to.

APPEAL from a decision of the Ontario Court of Appeal[1], allowing an appeal from the judgment of Griffiths J. Appeal allowed.

Timothy E.G. Fellowes, Q.C., for the appellant Nu-Towne Developments Incorporated.

Alan J. Lenczner, for the respondent Kingsmont Properties Limited.

The jugdment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of whether an enforceable contract for the sale and purchase of certain land arose out of correspondence which passed between the plaintiff Kingsmont Properties Limited (Kingsmont), the purchaser, and the defendant Nu-Towne Developments Incorporated (Nu-Towne), the vendor. Other parties were joined in these proceedings at their outset, but have all been either dismissed from the action or have agreed to the settlement of their claims. The sole remaining parties between whom the one issue arises are Kingsmont and Nu-Towne.

The facts were agreed upon by the parties and were stated in the reasons for judgment of the trial judge. They may be readily summarized. Negotiations between Kingsmont as purchaser, and Nu-Towne as vendor, for the purchase and sale of

[1] (1979), 25 O.R. (2d) 56; (1979), 100 D.L.R. (3d) 186.

d'une convention. Après avoir reçu de Nu-Towne la lettre du 20 août 1976 et son contenu, Kingsmont était d'accord avec l'essentiel du projet et n'y a apporté que des modifications peu importantes avant de le retourner signé et paraphé. Les derniers mots de la lettre de Kingsmont demandant d'envoyer dès que possible un exemplaire paraphé confirment que Kingsmont a pris pour acquis que les modifications seraient acceptées et qu'il y aurait alors entente entre les parties. De même, les derniers mots de la lettre de Kingsmont indiquent que l'envoi sans retard du document paraphé serait accepté en exécution de toute disposition d'acceptation expresse prévue au projet de convention. Nu-Towne a accepté le projet de convention, l'a paraphé et l'a retourné.

Jurisprudence: *Adams v. Lindsell* (1818), 1 B. & Ald. 681.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli un appel à l'encontre du jugement du juge Griffiths. Pourvoi accueilli.

Timothy E. G. Fellowes, c.r., pour l'appelante Nu-Towne Developments Incorporated.

Alan J. Lenczner, pour l'intimée Kingsmont Properties Limited.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de savoir si une promesse de vente exécutoire d'un certain bien-fonds a été conclue par l'échange de lettres entre la demanderesse Kingsmont Properties Limited (Kingsmont), l'acquéreur, et la défenderesse Nu-Towne Developments Incorporated (Nu-Towne), la venderesse. A l'origine, d'autres parties s'étaient jointes à l'instance, mais toutes ont été mises hors de cause ou ont accepté de régler leurs réclamations à l'amiable. Les seules parties qui restent à l'instance sont Kingsmont et Nu-Towne.

Les parties se sont entendues sur les faits que le juge de première instance a exposés dans les motifs de son jugement. On peut les résumer facilement. Depuis longtemps, Kingsmont, à titre d'acquéreur, et Nu-Towne, à titre de venderesse, négociaient

[1] (1979), 25 O.R. (2d) 56; (1979), 100 D.L.R. (3d) 186.

twenty-three building lots had been in progress for a considerable time. During the negotiations the plaintiff Kingsmont gave the defendants a cheque, dated November 10, 1975, for $20,000. This sum was intended as a deposit on any agreement of purchase and sale which might be reached. On August 20, 1976 the solicitors for Nu-Towne, the proposed vendor, wrote to the solicitors for the purchaser Kingsmont, in these terms:

I am advised by my client that private negotiations have taken place between the parties involved and that an amended agreement was arrived at.

Accordingly, I have re-drafted the proposed Agreement in accordance with my client's instructions and I submit the proposed Agreement herein in duplicate for execution by the Purchaser. Will you kindly have each page initialled including Schedule "A" as substantial changes have been made since negotiations first commenced.

The last day for execution is August 27th, 1976. I look forward to receiving one fully executed copy in due course.

The agreement forwarded with the above letter was executed by Nu-Towne as vendor on August 20, 1976. The letter and the form of agreement therefore amounted to an offer by Nu-Towne to sell to Kingsmont. The form of agreement provided in clause 12 that the offer was to be accepted on or before August 27, 1976; otherwise it was to be void. By clause 2 it provided that the deposit of $20,000 referred to above would be held, pending completion of the agreement, and be returned to Kingsmont with interest if the agreement was not completed for any reason other than the default of Kingsmont.

With a letter dated August 27, 1976 the solicitor for Kingsmont returned two copies of the form of agreement, which had been received as above, executed by Kingsmont on that day. The letter said:

We return two copies of the Agreement of Purchase and Sale executed by the purchaser. You will note the changes which have been made in clauses 4, changing the date of closing to September 30, 1976, 4(b) and 12. We would suggest that you arrange for initialling of these new changes and return one copy of the Agreement to us as soon as possible.

l'achat et la vente de vingt-trois parcelles de terrain à bâtir. Au cours des négociations, la demanderesse Kingsmont a remis aux défendeurs un chèque au montant de $20,000 portant la date du 10 novembre 1975. Cette somme était remise à titre d'acompte advenant la conclusion d'une promesse de vente. Le 20 août 1976, les procureurs de Nu-Towne, la venderesse éventuelle, ont écrit en ces termes aux avocats de l'acquéreur Kingsmont:

[TRADUCTION] Mes clients m'informent que les parties concernées ont tenu des négociations privées et qu'elles sont parvenues à une entente modifiée.

Par conséquent, conformément aux instructions de mes clients, j'ai rédigé de nouveau le projet de convention, dont je vous transmets par la présente deux exemplaires aux fins de signature par l'acquéreur. Comme des modifications importantes y ont été apportées depuis le début des négociations, auriez-vous l'obligeance de faire parapher chaque page du projet et de l'annexe «A».

Le projet doit être signé au plus tard le 27 août 1976. Vous voudrez bien m'en faire parvenir un exemplaire dûment signé au moment opportun.

Le 20 août 1976, Nu-Towne a signé, en sa qualité de venderesse, le projet de convention accompagnant cette lettre. La lettre et le projet de convention équivalaient donc à une offre de Nu-Towne de vendre à Kingsmont. La clause 12 du projet de convention prévoyait que l'offre devait être acceptée au plus tard le 27 août 1976; sinon, elle serait nulle. La clause 2 prévoyait la retenue de l'acompte de $20,000 déjà mentionné tant que la convention ne serait pas signée et son retour à Kingsmont avec intérêt si elle n'était pas signée pour tout motif autre que le défaut de Kingsmont.

Dans une lettre en date du 27 août 1976, le procureur de Kingsmont a retourné les deux exemplaires du projet de convention qu'il avait reçus comme je l'ai déjà mentionné et que Kingsmont avait signés le même jour. La lettre dit:

[TRADUCTION] Nous incluons deux exemplaires de la promesse de vente signés par l'acquéreur. Veuillez remarquer les modifications apportées à la clause 4, portant au 30 septembre 1976 la date de signature du contrat de vente, et aux clauses 4b) et 12. Auriez-vous l'obligeance de faire parapher ces modifications et de nous retourner un exemplaire dès que possible.

Several changes had been made in the form of agreement and these changes had been initialled by the two signing officers of Kingsmont. No change was made regarding the terms on which the deposit was held, but the date of acceptance in clause 12 was altered. The revised clause 12 read:

12. This Offer is to be accepted on or before the 1st day of September, 1976, otherwise it is to be void but when accepted within that period shall constitute a binding contract of purchase and sale. It is agreed that there is no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting this agreement or the real property or supported hereby other than as expressed herein in writing.

While the document which passed between the parties, as described above, was in form an agreement for the sale and purchase of land, it was referred to as an offer which would require an acceptance in clauses 12 and 19. It was on this basis that the matter was argued and dealt with at trial and in the Court of Appeal and argued in this Court. I approach the case in like manner. The return of the form of agreement containing the changes referred to above constituted a counter offer, since no actual acceptance of the agreement in its earlier form was given, but an offer to contract on the varied terms was made.

On September 1, 1976 the signing officers of Nu-Towne considered and initialled the various changes indicating their approval. One copy of the executed agreement was sent back to the plaintiff Kingsmont by a letter dated September 2, 1976. It was sent by registered post, mailed in Chatham on September 3, 1976. It was received in the Toronto Post Office on September 4, 1976 and by the solicitor for Kingsmont on September 7, 1976. By letter dated September 8, 1976 Kingsmont demanded the return of the deposit, the counter offer not having been accepted within the time limit. When the deposit was not returned action was commenced.

At trial the action was dismissed. The trial judge considered, and the parties before him agreed, that before a binding agreement of purchase and sale could be created, acceptance of the

Plusieurs modifications avaient été apportées au projet de convention et avaient été paraphées par les deux représentants de Kingsmont autorisés à signer. Les conditions suivant lesquelles l'acompte était retenu n'ont pas été modifiées, mais la date d'acceptation à la clause 12 a été changée. La nouvelle clause 12 se lit:

[TRADUCTION] 12. La présente offre doit être acceptée au plus tard le 1er septembre 1976, sinon elle sera nulle; si elle est acceptée dans ce délai, elle constituera une promesse de vente exécutoire. Il est entendu qu'aucune déclaration, garantie, entente accessoire ou condition ne s'appliquent à la présente convention ou à l'immeuble si ce n'est celles qui y sont prévues par écrit.

Même si le document que les parties se sont échangées, de la façon que j'ai exposée, était rédigé sous forme de promesse de vente d'un bien-fonds, les clauses 12 et 19 mentionnent une offre qui exige une acceptation. C'est sur ce fondement que la question a été plaidée et tranchée en première instance et en Cour d'appel et plaidée devant cette Cour. J'aborde la question de la même façon. Le retour du projet de convention portant les modifications mentionnées ci-dessus constitue une contre-offre, puisque la convention n'a pas été réellement acceptée dans sa forme première; il s'agit d'une offre de contracter à de nouvelles conditions.

Le 1er septembre 1976, les représentants autorisés de Nu-Towne ont examiné et paraphé les diverses modifications, indiquant ainsi leur acceptation. Par lettre en date du 2 septembre 1976, un exemplaire signé de la convention a été expédié à la demanderesse Kingsmont. Il s'agit d'un envoi par courrier recommandé, posté à Chatham le 3 septembre 1976, qui est arrivé au bureau de poste de Toronto le 4 septembre 1976 et que l'avocat de Kingsmont a reçu le 7 septembre 1976. Dans une lettre en date du 8 septembre 1976, Kingsmont a demandé que le dépôt lui soit retourné puisque la contre-offre n'avait pas été acceptée dans le délai prescrit. Sa demande a été refusée et elle a intenté une poursuite.

En première instance, l'action a été rejetée. Les parties ont accepté l'opinion du juge de première instance que, pour qu'une promesse de vente exécutoire puisse exister, il doit y avoir acceptation de

offer must be made and such acceptance must be communicated to the offeror. He noted that counsel had agreed that the conduct of the parties in this case had established that the appropriate mode of communication of any such acceptance was by mail, and if one were to apply the postal acceptance rule expressed in *Adams v. Lindsell*[2] acceptance would be complete at the date of posting of the letter containing the initialled agreement, *i.e.* September 3, 1976. It may be remembered here that upon that basis the acceptance would be too late and ineffective. He was of the view, however, that the offer was accepted by the initialling of the changes by the officers of Nu-Towne on September 1, 1976. The plaintiff, Kingsmont, by its letter of August 27, 1976, had prescribed that method of acceptance and, in addition, had prescribed a method of communication, *i.e.* by mail, and a time for communication of acceptance by the use of the concluding words: "We would suggest that you arrange for initialling of these new changes and return one copy of the Agreement to us as soon as possible." Since the date for acceptance had been precisely stated, he considered that the concluding words of the letter could refer only to the time of communication of acceptance. Nu-Towne had clearly returned the document as soon as possible, and accordingly it had accepted the counter offer and communicated acceptance in the manner and within the time stipulated. He therefore dismissed the plaintiff's action.

An appeal was allowed in the Ontario Court of Appeal (Howland C.J.O., Weatherston and Morden JJ.A.). Morden J.A., with whom Howland C.J.O. agreed, considered that the words "to be accepted" in paragraph 12 of the form of agreement included the act of communicating acceptance, and he did not consider it reasonable to construe the last sentence in the letter of August 27, 1976 " ... as in any way, contractually or by estoppel, qualifying the language and effect of paragraph 12". Weatherston J.A., dissenting, construed the letter of August 27, 1976 to mean that the terms of the agreement must be assented to on or before September 1, but communication of

[2] (1818), 1 B. & Ald. 681.

l'offre et communication de cette acceptation à la personne qui a fait l'offre. Selon le juge, les avocats ont convenu que la conduite des parties en l'espèce a établi la poste comme mode convenu de communication de cette acceptation, et si on applique la règle d'acceptation par la poste énoncée dans l'arrêt *Adams v. Lindsell*[2], il y aurait acceptation à la date de mise à la poste de la lettre contenant la convention paraphée, c.-à-d. le 3 septembre 1976. On peut rappeler ici que selon cette règle l'acceptation serait tardive et sans effet. Cependant, le juge a conclu que l'offre a été acceptée lorsque les représentants de Nu-Towne ont paraphé les modifications le 1er septembre 1976. Dans sa lettre du 27 août 1976, la demanderesse Kingsmont avait établi ce mode d'acceptation et, en outre, elle avait établi le mode de communication, soit par courrier, et le délai pour communiquer l'acceptation en terminant par les mots suivants: [TRADUCTION] «Auriez-vous l'obligeance de faire parapher ces modifications et de nous retourner un exemplaire dès que possible.» Puisque la date d'acceptation était énoncée de façon précise, le juge a estimé que les derniers mots de la lettre ne pouvaient se rapporter qu'au délai prévu pour la communication de l'acceptation. Il était évident que Nu-Towne avait retourné le document le plus tôt possible et, par conséquent, qu'elle avait accepté la contre-offre et fait part de son acceptation de la façon et dans le délai prévus. Le juge a donc rejeté l'action de la demanderesse.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Howland et les juges Weatherston et Morden) a accueilli l'appel. Le juge Morden, à l'avis duquel le juge en chef Howland a souscrit, a estimé que les mots «doit être acceptée» à la clause 12 du projet de convention comprenaient l'acte qui consiste à communiquer l'acceptation, et qu'il ne convenait pas de donner à la dernière phrase de la lettre du 27 août 1976 une interprétation qui [TRADUCTION] « ... modifie de quelque façon, par contrat ou par fin de non-recevoir, les termes et la portée de la clause 12». Le juge Weatherston, dissident, a interprété la lettre du 27 août 1976 dans le sens que les modalités de l'accord devaient être accep-

[2] (1818), 1 B. & Ald. 681.

acceptance must be made within a reasonable time.

It is apparent at once that there is no real issue in law on the facts of this case. The trial judge and the three appellate judges all agreed that as a general rule acceptance of an offer, or in this case a counter offer, would not be complete until communication of the acceptance was made. The trial judge and Weatherston J.A., in his dissent in the Court of Appeal, were of the view, on the construction they placed upon the letter of August 27, 1976, that the offer had been accepted and communication of that fact had been made in accordance with the prescribed method and in the time limited for such purpose. The majority of the Court of Appeal construed the letter differently, considering that the concluding words of the letter of August 27, 1976 did not have the effect of permitting communication of acceptance of the counter offer after September 1, 1976. The case has turned solely on a question of construction.

The question before this Court then is: What is the effect, if any, of the letter of August 27, 1976 upon the provisions of clause 12 of the form of agreement? In my view, the law was correctly stated in the judgments in the other courts. Generally, the fact of acceptance of an offer must be communicated to the offeror before acceptance is complete and a binding contract is created. There are exceptions to this rule but none which apply here. In the facts of this case if the officers of Nu-Towne on receipt of the letter of August 27, 1976 had done nothing, or if after initialling the changes they had done nothing further, no binding contract would have been created. Silence or inaction in these circumstances on the part of Nu-Towne after receipt of the letter of August 27, 1976 could not be construed as a full acceptance. Some act of communication was required to complete acceptance and the nature and sufficiency of the act must be determined by reference to the letter of August 27, 1976 and clause 12 of the form of agreement, for it is open to the parties to such a transaction to specify the mode and time of such communication, and to vary the method of communication should they choose. I cannot agree

tées au plus tard le 1er septembre, mais que la communication de l'acceptation devait se faire dans un délai raisonnable.

Il est évident que les faits en l'espèce ne soulèvent aucune véritable question de droit. Le juge du procès et les trois juges de la Cour d'appel sont tous d'accord qu'en règle générale, l'acceptation d'une offre ou, en l'espèce, d'une contre-offre, n'est pas complète tant qu'il n'y a pas eu communication de l'acceptation. Le juge du procès et le juge Weatherston dans les motifs de sa dissidence en appel sont d'avis, dans l'interprétation qu'ils ont donnée de la lettre du 27 août 1976, que l'offre a été acceptée et qu'il y a eu communication de l'acceptation selon le mode prescrit et dans le délai prévu à cette fin. La majorité de la Cour d'appel a interprété la lettre de façon différente, estimant que les derniers mots de la lettre du 27 août 1976 n'ont pas eu pour effet de permettre la communication de l'acceptation de la contre-offre après le 1er septembre 1976. Il s'agit donc uniquement d'une question d'interprétation.

La Cour doit donc répondre à la question suivante: quel est l'effet, s'il en est, de la lettre du 27 août 1976 sur les dispositions prévues à la clause 12 du projet de convention? A mon avis, les autres cours ont énoncé correctement les principes de droit. En général, l'acte qui constitue l'acceptation d'une offre doit être communiqué à la personne qui fait l'offre, sans quoi il ne peut y avoir acceptation complète ni contrat exécutoire. Cette règle comporte des exceptions, mais aucune ne s'applique ici. Selon les faits en l'espèce, si, en recevant la lettre du 27 août 1976, les représentants de Nu-Towne n'avaient rien fait, ou s'ils n'avaient rien fait après avoir paraphé les modifications, il n'y aurait pas eu de contrat exécutoire. Dans ces circonstances, le silence ou l'inaction de Nu-Towne après réception de la lettre du 27 août 1976 ne pourrait être interprété comme une acceptation complète. Pour compléter l'acceptation, il fallait un acte de communication, et la nature et la validité de cet acte doivent être établies par rapport à la lettre du 27 août 1976 et à la clause 12 du projet de convention puisqu'il est loisible aux parties à la transaction de préciser le mode de communication et la date à laquelle elle doit être faite, et de modifier le mode

in the circumstances of this case with the construction placed upon the letter by the majority of the Court of Appeal. Out of the negotiations between the parties a detailed and carefully prepared memorandum in the form of an agreement had emerged. It is evident from what followed the receipt by Kingsmont of the letter of August 20, 1976, with its enclosure, that the parties had agreed upon most of the matters in question. Kingsmont, on receiving the August 20th letter, was in accord with the essentials of the arrangement and made only a few minor changes before returning the form of agreement, duly executed, with the request that the changes be approved by initialling. It is evident that Kingsmont assumed that the changes would be accepted, which they were, and that agreement would therefore have been reached between the parties. The closing words of the letter, requesting that an initialled copy be returned as soon as possible, confirm this view and indicate that the prompt return of the initialled document, which was effected, would be accepted in satisfaction of any formal provision for acceptance contained in article 12 of the form of agreement.

I would allow the appeal and restore the judgment at trial with costs to the appellant.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant Nu-Towne Developments Incorporated: Timothy E. G. Fellowes, Toronto.

Solicitors for the respondent Kingsmont Properties Limited: McCarthy and McCarthy, Toronto.

de communication qu'elles choisissent. En l'espèce, je ne puis souscrire à l'interprétation que la Cour d'appel à la majorité a donnée à la lettre. Les négociations entre les parties ont abouti à une entente précise et soigneusement rédigée sous la forme d'une convention. Il ressort de ce qui a suivi la réception, par Kingsmont, de la lettre du 20 août 1976 et de son contenu, que les parties s'entendaient sur la plupart des points. Quand elle a reçu la lettre du 20 août, Kingsmont était d'accord avec l'essentiel du projet et n'y a apporté que quelques modifications peu importantes avant de le retourner, dûment signé, avec une demande de faire parapher les modifications. Il est évident que Kingsmont a pris pour acquis que les modifications seraient acceptées, et elles l'ont été, et qu'il y aurait alors entente entre les parties. Les derniers mots de la lettre, demandant d'envoyer dès que possible un exemplaire paraphé, confirment cette opinion et indiquent que l'envoi sans retard du document paraphé, ce qui a été fait, serait accepté en exécution de toute disposition d'acceptation expresse prévue à la clause 12 du projet de convention.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le jugement de première instance avec dépens en faveur de l'appelante.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante Nu-Towne Developments Incorporated: Timothy E. G. Fellowes, Toronto.

Procureurs de l'intimée Kingsmont Properties Limited: McCarthy et McCarthy, Toronto.

Liverpool & London & Globe Ins. Co. Ltd., Aetna Casualty & Surety Co., Aetna Insurance Co. of Hartford, Canadian Indemnity Co., Canadian Surety Co., Commonwealth Insurance Company, Continental Insurance Company, Dominion of Canada General Ins. Co., Eagle Star Insurance Company (of Canada), Employers' Liability Assce. Corp. Ltd., Federal Insurance Co., of New Jersey, Fireman's Fund Insurance Co., The General Accident Assur. Co. of Canada, General Security Insurance Co. of Canada, Glens Falls Insurance Co., Great American Insurance Co., New York, Hartford Fire Insurance Company, Home Insurance Company, Insurance Company of North America, Maryland Casualty Company, National Employers' Mutual General Insurance Assoc. Ltd., Norwich Union Fire Insurance Society Ltd., Orion Insurance Co., Ltd., Pearl Assurance Co. Ltd., Phoenix Assurance Co. Ltd. of London, Prudential Assurance Co. Ltd., Reliance Insurance Co. of Philadelphia, Royal Exchange Assurance, St. Paul Fire & Marine Ins. Co., Scottish & York Insurance Co. Ltd., Simcoe & Erie General Insurance Co., Sun Insurance Office Ltd., The Travelers, United Provinces Insurance Co., United States Fidelity & Guaranty Co., United States Fire Insurance Co., Zurich Insurance Company (*Defendants-Respondents*) *Appellants*;

and

Canadian General Electric Company Limited (*Plaintiff-Appellant*) *Respondent.*

1981: February 17, 18; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Policy interpretation — Fire and explosion clause — Epoxy resin overheating — Whether or not explosion or imminent peril of explosion occurred giving rise to liability for damages.

Liverpool & London & Globe Ins. Co. Ltd., Aetna Casualty & Surety Co., Aetna Insurance Co. of Hartford, Canadian Indemnity Co., Canadian Surety Co., Commonwealth Insurance Company, Continental Insurance Company, Dominion of Canada General Ins. Co., Eagle Star Insurance Company (of Canada), Employers' Liability Assce. Corp. Ltd., Federal Insurance Co., of New Jersey, Fireman's Fund Insurance Co., The General Accident Assur. Co. of Canada, General Security Insurance Co. of Canada, Glens Falls Insurance Co., Great American Insurance Co., New York, Hartford Fire Insurance Company, Home Insurance Company, Insurance Company of North America, Maryland Casualty Company, National Employers' Mutual General Insurance Assoc. Ltd., Norwich Union Fire Insurance Society Ltd., Orion Insurance Co., Ltd., Pearl Assurance Co. Ltd., Phoenix Assurance Co. Ltd. of London, Prudential Assurance Co. Ltd., Reliance Insurance Co. of Philadelphia, Royal Exchange Assurance, St. Paul Fire & Marine Ins. Co., Scottish & York Insurance Co. Ltd., Simcoe & Erie General Insurance Co., Sun Insurance Office Ltd., The Travelers, United Provinces Insurance Co., United States Fidelity & Guaranty Co., United States Fire Insurance Co., Zurich Insurance Company (*Défenderesses-Intimées*) *Appelantes*;

et

Canadian General Electric Company Limited (*Demanderesse-Appelante*) *Intimée.*

1981: 17, 18 février; 1981: 11 mai.

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

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

Assurance — Interprétation d'une police — Clause sur l'incendie et sur l'explosion — Surchauffage de résine époxyde — Y a-t-il eu explosion ou danger imminent d'explosion donnant lieu à responsabilité des dommages?

Plaintiff-respondent unsuccessfully brought an action against its insurer under an insurance policy covering damage caused by "fire, lightning, explosion". The trial judge found that no fire or explosion had occurred and that no damage was recoverable because of action taken to meet an imminent peril arising from an insured risk. The Court of Appeal reversed that decision and ordered a new trial with respect to liability for damages resulting from actions taken to meet imminent peril and, if the doctrine of imminent peril were inapplicable, with respect to liability and damages on the question of whether or not an explosion had occurred.

An exothermic chemical process occurred in a storage tank of epoxy resin during an accidental shutdown of the tank's refrigeration mechanism. A manhole cover was removed to inspect the contents and left open as no fumes were being emitted. Firemen, who were called later, observed hot, black vapours, and left the hatch open to prevent a build-up of pressure. Advised by a plant official, firemen directed water into the tank, but discontinued this action when a disturbance of debated violence first threw solid pieces through the hatch and then spewed out a lava-like emission. Phenol vapours spread throughout the plant causing corrosive damage to plant and materials; there were also incidental costs relating to cleanup and general overhead. Two questions arose. Firstly, did an explosion occur, and if so, did respondent suffer recoverable damages? Secondly, if no explosion occurred, was there an imminent risk of fire or explosion justifying respondent's preventive action, and if so, did that action result in recoverable damages?

Held: The appeal should be allowed.

An appellate tribunal could not properly conclude that the trial judge committed an error in determining that an explosion, in the sense in which that term was employed in the insurance policy, had not occurred. He properly considered the relevant evidence and related it to the ordinary meaning which is given to the term "explosion". It is not the role of an appellate tribunal to retry the factual elements of the case.

As an imminent peril of explosion neither existed nor was feared when the avertive actions were taken, those actions and the consequential damage became irrelevant. In any event the damage was caused by an unin-

La demanderesse-intimée a intenté sans succès contre son assureur une action fondée sur une police d'assurance couvrant les dommages causés par «le feu, la foudre, l'explosion». Le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait eu ni incendie ni explosion et qu'aucune indemnité ne peut être obtenue pour dommages résultant de mesures prises afin de parer à la réalisation imminente d'un risque assuré. La Cour d'appel a infirmé cette décision et a ordonné un nouveau procès sur la responsabilité des dommages résultant de mesures prises afin de parer à la réalisation imminente d'un risque assuré et, si la doctrine du danger imminent ne s'applique pas, sur la responsabilité et sur les dommages reliés à la question de savoir s'il y a eu explosion.

Il y a eu une réaction chimique exothermique dans un réservoir d'emmagasinage de résine époxyde pendant un arrêt accidentel de l'équipement de réfrigération du réservoir. On a enlevé un tampon de regard afin d'examiner le contenu et, comme aucune fumée ne s'échappait, il a été laissé ouvert. Les pompiers, appelés plus tard, ont constaté de chaudes vapeurs noires, et ils ont laissé le tampon ouvert afin d'éviter une augmentation de pression. Suivant les instructions d'un responsable de l'usine, les pompiers ont dirigé de l'eau dans le réservoir, mais ils ont arrêté quand il s'est produit une réaction, dont la violence est controversée, qui a d'abord projeté des morceaux solides par le regard et ensuite provoqué l'écoulement d'une substance ressemblant à de la lave. Des vapeurs de phénol se sont répandues partout dans l'usine, causant des dommages par corrosion à l'usine et au matériel; il y a eu également des frais mineurs au titre du nettoyage et des dépenses générales. Deux questions se posent. Premièrement, y a-t-il eu explosion; si oui, l'intimée a-t-elle subi des dommages dont elle peut être indemnisée? Deuxièmement, s'il n'y a pas eu explosion, existait-il un danger imminent d'incendie ou d'explosion de nature à justifier les mesures préventives de l'intimée; si oui, ces mesures ont-elles causé des dommages pour lesquels elle peut être indemnisée?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Un tribunal d'appel ne peut à bon droit conclure que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a décidé qu'il n'y avait pas eu explosion au sens de la police d'assurance. Il a bien examiné la preuve pertinente à la lumière du sens ordinaire du terme «explosion». Ce n'est pas le rôle d'un tribunal d'appel d'instruire de nouveau une cause sur les faits.

Comme il n'y avait pas danger imminent d'explosion ni aucune crainte à ce sujet au moment où les mesures préventives ont été prises, ces mesures et les dommages en découlant n'ont pas d'importance. De toute façon les

sured risk and not by measures taken because of an "operating" imminent insured risk. Further, insured could not have converted the uninsured risk of damage from chemical reaction into the insured risk of explosion by closing the hatch. Finally, whether or not the firemen were the insured's agents, the insured still could be in no better position as to the closing of the hatch than if the insured itself had made the decision to leave the hatch open or closed.

White v. Republic Fire Insurance Co. (1869), 57 Maine Reports 91; *The Knight of St. Michael*, [1898] P. 30; *Kacianoff v. China Traders Insurance Company Limited*, [1914] 3 K.B. 1121; *Becker, Gray and Company v. London Assurance Corporation*, [1918] A.C. 101; *Joseph Watson and Son, Limited v. Firemen's Fund Insurance Company of San Francisco*, [1922] 2 K.B. 355; *Beresford v. Royal Insurance Company Limited*, [1938] A.C. 586, referred to.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Ontario[1], reversing a judgment of Keith J. and directing a new trial. Appeal allowed.

W. L. N. Somerville, Q.C., for the (defendants-respondents) appellants.

Warren H. O. Mueller, Q.C., for the (plaintiff-appellant) respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ESTEY J.—The plaintiff-respondent brought an action unsuccessfully against its insurer, the defendants-appellants, under a policy of insurance which covered damage caused by "fire, lightning, explosion". The trial judge found that no fire or explosion occurred and that no damage was recoverable as being the result of action taken by the insured to meet an imminent peril arising from an insured risk. The Court of Appeal reversed the trial judge and directed a new trial with respect to liability only on the claim related to damages incurred by reason of action taken in connection with imminent peril and with respect to both liability and damages on the question as to whether an explosion, within the meaning of that term as

[1] (1980), 106 D.L.R. (3d) 750; (1980), 27 O.R. (2d) 401; [1980] I.L.R. 1-1201.

dommages ont été causés par la réalisation d'un risque non assuré et non par des mesures prises en raison de l'imminence d'un risque assuré «réel». De plus, l'assurée n'a pu, en fermant le tampon de regard, transformer le risque non assuré de dommages résultant d'une réaction chimique en risque assuré d'explosion. En dernier lieu, que les pompiers aient été ou non les mandataires de l'assurée, elle ne peut tout de même pas être dans une meilleure position quant à la fermeture du tampon de regard que si elle avait elle-même pris la décision de le laisser ouvert ou de le fermer.

Jurisprudence: *White v. Republic Fire Insurance Co.* (1869), 57 Maine Reports 91; *The Knight of St. Michael*, [1898] P. 30; *Kacianoff v. China Traders Insurance Company Limited*, [1914] 3 K.B. 1121; *Becker, Gray and Company v. London Assurance Corporation*, [1918] A.C. 101; *Joseph Watson and Son, Limited v. Firemen's Fund Insurance Company of San Francisco*, [1922] 2 K.B. 355; *Beresford v. Royal Insurance Company Limited*, [1938] A.C. 586.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a infirmé le jugement du juge Keith et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

W. L. N. Somerville, c.r., pour les (défenderesses-intimées) appelantes.

Warren H. O. Mueller, c.r., pour la (demanderesse-appelante) intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ESTEY—La demanderesse-intimée a intenté sans succès contre son assureur, les défenderesses-appelantes, une action fondée sur une police d'assurance qui couvrait les dommages causés par [TRADUCTION] «le feu, la foudre, l'explosion». Le juge de première instance a conclu qu'il n'y a eu ni incendie ni explosion et qu'aucune indemnité ne peut être obtenue pour dommages résultant de mesures prises par l'assurée afin de parer à la réalisation imminente d'un risque assuré. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et ordonné un nouveau procès d'une part sur la responsabilité, uniquement en ce qui concerne la réclamation pour les dommages subis par suite des mesures prises pour écarter

[1] (1980), 106 D.L.R. (3d) 750; (1980), 27 O.R. (2d) 401; [1980] I.L.R. 1-1201.

employed in the policy of insurance, had occurred should the doctrine of imminent peril be found to be inapplicable.

The relevant portion of the policy of insurance provided for:

> ... direct loss or damage caused by FIRE, LIGHTNING, EXPLOSION of natural, coal or manufactured gas and the perils set out in the EXTENDED COVERAGE ENDORSEMENT(S) contained herein and subject to the conditions thereof ....

While the trial lasted four days, and extensive evidence, oral and documentary, was taken, the facts and circumstances lend themselves to summary because the issues have now dwindled to but two.

The respondent manufactures electrical equipment in a plant in Peterborough, Ontario. The claim relates to a storage tank in that plant, in which, at the time in question, there were about 2,500 gallons of epoxy resin. By reason of circumstances no longer relevant to the issues, an exothermic chemical process commenced in the resin which ultimately led to phenol vapours spreading throughout the plant and occasioning considerable corrosion damage. Relatively incidental damage arose as a result of the need to clean up some epoxy resin which spilled out in the vicinity of the tank, and also in connection with the use of water in and around the tank, as well as a claim for general overhead attributable to this event.

From this point on, some detail is necessary in order to develop the ultimate issue before the Court. There had been a power failure in the City of Peterborough which caused the refrigeration and stirring equipment in the respondent's plant to cease operating. Unfortunately no one in the standby crew was sufficiently familiar with plant operations to realize that the stirring and refrigeration equipment in connection with certain epoxy storage facilities required restarting. At 1:30 p.m. on August 1, 1971, when the plant was closed for annual vacations, a guard noticed steam escaping

un danger imminent, et d'autre part, si la doctrine du danger imminent ne s'applique pas, à la fois sur la responsabilité et sur les dommages reliés à la question de savoir s'il y a eu explosion au sens de la police d'assurance.

La partie pertinente de la police d'assurance vise:

> [TRADUCTION] ... une perte ou des dommages directs causés par le FEU, la FOUDRE, l'EXPLOSION de gaz—naturel, de houille ou industriel—et les périls énumérés dans les AVENANTS AMPLIATIFS annexés aux présentes, sous réserve des conditions y figurant ....

Pendant ce procès qui a duré quatre jours, on a recueilli quantité d'éléments de preuve, tant sous forme de témoignages que de documents, mais les faits et les circonstances peuvent facilement être résumés parce que les questions litigieuses ont été réduites à deux seulement.

L'intimée fabrique du matériel électrique dans une usine située à Peterborough (Ontario). La réclamation concerne un réservoir d'emmagasinage de cette usine dans lequel il y avait, au moment considéré, environ 2,500 gallons de résine époxyde. En raison de circonstances qui n'intéressent plus ce litige, une réaction chimique exothermique s'est déclenchée dans la résine, ce qui a eu pour résultat que des vapeurs de phénol se sont répandues partout dans l'usine, causant des dommages considérables par corrosion. Des dommages relativement mineurs ont résulté de la nécessité d'enlever de la résine époxyde qui s'était déversée à proximité du réservoir, ainsi que du déversement d'eau à l'intérieur et autour du réservoir. Il y a également une réclamation au titre des frais généraux attribuables à cet événement.

Il est maintenant nécessaire d'entrer quelque peu dans les détails afin d'exposer la véritable question dont la Cour est saisie. Une panne d'électricité survenue dans la ville de Peterborough a provoqué l'arrêt de l'équipement de réfrigération et des agitateurs dans l'usine de l'intimée. Malheureusement, personne de l'équipe d'urgence ne connaissait assez le fonctionnement de l'usine pour se rendre compte qu'il fallait remettre en marche l'équipement de réfrigération et les agitateurs reliés à certaines installations d'emmagasinage d'époxydes. A 13 h 30, le 1er août 1971, alors que

from a cooling system associated with the storage tank, and at 3 p.m., the acting general foreman of the respondent arrived at the plant and discovered that the mechanism for stirring the epoxy resin in the storage tank was not functioning. Unfortunately, none of the employees of the respondent knowledgeable about this storage tank and its contents could be contacted. Sometime shortly before 7:30 p.m., the general foreman of the plant was contacted and he directed that a large opening on the top of the storage tank, referred to in the evidence as a manhole cover, be opened to determine the condition of the epoxy resin. This created a circular opening about 20 inches in diameter. When the tank was so opened, a wooden prod was inserted and it was found that at least the top of the resin had solidified. As no smoke, vapour or steam was being emitted from the tank, the personnel called to the plant left at about 8:10 p.m. without closing the manhole cover. The only apparent damage to that point, according to these persons, was that the resin in the tank was no longer useable.

It was not until 9:25 p.m. that a neighbour called the fire department after observing a dense black smoke or vapour coming out of the windows of the plant in which the storage tank was located. The municipal firemen, on entering the building, found it filled with dense vapour, and their platoon chief observed steam coming from a small pipe connected with a cooling unit adjoining the storage tank. The firemen also observed hot, black vapours coming from the open manhole. The firemen immediately poured water on the exterior of the tank which was located in a concrete pit from which only the top foot or so of the tank emerged. No effort was made to close the manhole hatch as the firemen considered that such action would create a build-up of pressure in the tank. The platoon chief closed the valve on the pipe from which the aforementioned steam was emerging and after 30 seconds changed his mind and reopened it so as not to create a build-up of steam pressure in the pipe or in the facility from which the pipe led.

l'usine était fermée pour les vacances annuelles, un gardien aperçut de la vapeur qui s'échappait d'un système de refroidissement rattaché au réservoir d'emmagasinage et, à 15 h, le contremaître général intérimaire de l'intimée arriva à l'usine et découvrit que le mécanisme destiné à agiter la résine époxyde dans le réservoir d'emmagasinage ne fonctionnait pas. Malheureusement, aucun des employés de l'intimée qui connaissaient le réservoir d'emmagasinage et son contenu n'a pu être joint. Un peu avant 19 h 30, on joignit le contremaître général de l'usine qui ordonna l'ouverture d'une grande plaque, appelée dans la preuve tampon de regard, se trouvant sur le dessus du réservoir, afin de déterminer l'état de la résine époxyde. Il s'agissait d'une ouverture circulaire d'environ 20 pouces de diamètre. Une fois le réservoir ouvert, on y inséra un bâton et on découvrit qu'au moins la surface de la résine s'était solidifiée. Comme aucune fumée, vapeur d'eau ou autre vapeur ne s'échappait du réservoir, le personnel auquel on avait demandé de se rendre à l'usine partit vers 20 h 10 sans refermer le tampon. Le seul dommage apparent jusque-là, d'après ces personnes, était que la résine n'était plus utilisable.

Ce n'est qu'à 21 h 25 qu'un voisin téléphona au corps de sapeurs-pompiers après avoir remarqué une épaisse fumée ou vapeur noire qui sortait des fenêtres de l'usine où se trouvait le réservoir d'emmagasinage. Les pompiers municipaux, en entrant dans le bâtiment, le trouvèrent rempli d'une vapeur épaisse et leur chef de peloton remarqua que de la vapeur d'eau s'échappait d'un petit tuyau raccordé à un appareil de refroidissement contigu au réservoir d'emmagasinage. Les pompiers constatèrent également de chaudes vapeurs noires qui sortaient du regard ouvert. Ils arrosèrent immédiatement l'extérieur du réservoir qui se trouvait dans une fosse cimentée dont il n'émergeait que d'un pied environ. Les pompiers n'ont pas essayé de fermer le tampon, car ils estimaient que cela pourrait créer une augmentation de pression dans le réservoir. Le chef de peloton ferma la soupape du tuyau d'où sortait la vapeur d'eau déjà mentionnée, mais après 30 secondes il se ravisa et la rouvrit pour ne pas créer une augmentation de pression dans le tuyau ou dans l'appareil d'où il sortait.

No doubt by reason of the fact that the plant was closed for a vacation period, personnel familiar with the chemical characteristics of the epoxy resin in the storage tank could not be located. The supervisor of advanced engineering did arrive, however, at 10:15 p.m., and, while he was familiar with the storage tank, its associated equipment and its function, he had no knowledge of the chemical characteristics of the resin or of the chemical reaction taking place at that time in the storage tank. He did, however, instruct the firemen to direct water into the storage tank through the manhole, and this was done for about a minute. The operation was discontinued when a disturbance of debated violence occurred in the storage tank which threw solid pieces of epoxy resin through the manhole. This was followed by an emission of a lava-like substance which, for a brief period, continued to roll out of the manhole, across the top and down the sides of the tank into the pit in which the tank was situated, and onto the surrounding floor. All the while, the dense black fumes continued to emerge from the manhole, and this continued in diminishing quantity until the firemen left the scene about 9:45 a.m. the following morning.

From these circumstances, two questions arise:

a) Did an explosion occur, and if so, did the respondent suffer damage therefrom which it may recover from the appellant?
b) If the answer to (a) is no, was there an imminent risk of fire or explosion which would justify action by the respondent to avert these events; and if so, did the respondent take such "avertive action" which caused damage recoverable under the insurance policy?

The litigation may have become unnecessarily complicated and, to an appellate tribunal, confusing by reason of an opening statement at trial by counsel for the respondent which included the following:

I can tell Your Lordship that there are two essential underlying principles of law which are in dispute. They relate to the question of whether or not an imminent risk of fire and explosion at common law provides a claim

Sans doute parce que l'usine était fermée pendant une période de vacances, on n'a pu joindre aucun employé connaissant les caractéristiques chimiques de la résine époxyde dans le réservoir d'emmagasinage. Le surveillant de l'ingénierie avancée, cependant, arriva à 22 h 15 et, bien que le réservoir d'emmagasinage, l'équipement y afférent et son fonctionnement lui fussent familiers, il n'avait aucune connaissance des propriétés chimiques de la résine ou de la réaction chimique qui se produisait à ce moment-là dans le réservoir. Il ordonna toutefois aux pompiers de diriger de l'eau dans le réservoir d'emmagasinage par le regard, ce qu'ils firent pendant environ une minute. Ils arrêtèrent quand il se produisit dans le réservoir d'emmagasinage une réaction, dont la violence est controversée, qui projeta des morceaux solides de résine époxyde par le regard. Cela fut suivi de l'écoulement d'une substance ressemblant à de la lave qui, pendant une brève période s'est déversée par le regard sur le dessus et les côtés du réservoir jusque dans la fosse où il se trouvait et sur le plancher alentour. Pendant tout ce temps, l'émanation d'épaisse fumée noire du regard s'est poursuivie en diminuant jusqu'au départ des pompiers vers 9 h 45 le lendemain matin.

Deux questions se dégagent de ces circonstances:

a) Y a-t-il eu explosion; si oui, l'intimée a-t-elle subi des dommages dont elle peut être indemnisée par l'appelante?
b) Si la réponse est non, existait-il un danger imminent d'incendie ou d'explosion de nature à justifier l'intimée de prendre des mesures pour parer à ces éventualités; si oui, l'intimée a-t-elle pris des «mesures préventives» qui ont causé des dommages pour lesquels elle peut être indemnisée en vertu de la police d'assurance?

Le litige est peut-être devenu inutilement compliqué et, du point de vue d'un tribunal d'appel, déroutant en raison d'un exposé préliminaire que l'avocat de l'intimée a fait en première instance et dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Je peux vous dire, Votre Seigneurie, que deux principes fondamentaux de droit sont en litige. Ils ont trait à la question de savoir si, en *common law*, un danger imminent d'incendie et d'explosion donne lieu

under a fire policy for fire or explosion, the fire or explosion never having occurred or even started.

Now, I can tell Your Lordship it is not an easy point, and what I have done, My Lord, with respect to that issue is to assemble the cases which in plaintiff counsel's submission are pertinent to that narrow issue, and I have a copy for Your Lordship and a copy for my friend, and I thought I would start not by arguing my case but simply by delivering these to Your Lordship because Your Lordship will, I think, be benefited by an understanding of that narrow legal issue which is what this whole case is all about. [Emphasis added.]

In any case, by the time the proceedings reached this Court, it had become clear that no fire actually occurred and that the respondent placed very little emphasis on argument concerning imminent risk of fire. It was contended, however, that an "explosion" occurred. The issues before this Court are for the most part confined to the conclusion reached by the Court of Appeal that the trial judge had misdirected himself as to the proper meaning of "explosion" as it appears in the above excerpt from the policy of insurance and as it relates to the actions taken by the respondent purportedly in order to avert the happening of the insured risk of explosion (and, to a lesser extent, of fire).

The appellant's position is simply that the damage suffered by the respondent was due almost entirely to phenol corrosion of the surface of the plant structure itself and the machinery and material in the plant, and that this damage was not covered by the clause of the policy relating to fire or explosion, nor was this damage the result of action taken by or on behalf of the respondent to avert an imminent fire or explosion. The position of the respondent, on the other hand, is that an explosion did occur within the meaning of that term as employed in the policy, and that the damage suffered by the respondent related to that explosion in the same sense as smoke and water damage are regularly found to relate to and flow from fire so as to make such damage recoverable under such policies of insurance. Counsel for the respondent also advanced, but with much less

à une réclamation en vertu d'une police d'assurance contre l'incendie ou l'explosion, l'incendie ou l'explosion ne s'étant jamais produits et n'ayant même pas commencé.

Or, je peux vous dire, Votre Seigneurie, qu'il ne s'agit pas d'un point facile et, Votre Seigneurie, en ce qui a trait à cette question, j'ai rassemblé la jurisprudence qui, selon la prétention de l'avocat de la demanderesse, se rapporte à cette question précise et j'en ai une copie pour Votre Seigneurie ainsi que pour mon collègue. Et j'ai pensé commencer non pas par plaider ma cause, mais simplement par vous remettre cette jurisprudence, Votre Seigneurie, car il vous sera utile, je crois, de comprendre cette question de droit précise qui fait l'objet du présent litige. [C'est moi qui souligne.]

En tout état de cause, quand les procédures sont parvenues devant cette Cour, il était devenu évident qu'il n'y avait pas eu incendie et que l'intimée accordait très peu d'importance aux arguments sur le danger imminent d'incendie. On a prétendu toutefois qu'il y a eu «explosion». Les questions dont cette Cour est saisie se limitent pour la plupart à la conclusion de la Cour d'appel que le juge de première instance a commis une erreur quant au sens véritable du mot «explosion» tant dans le contexte de l'extrait précité de la police d'assurance que dans celui des mesures que l'intimée a prises apparemment en vue de prévenir la concrétisation du risque assuré d'explosion (et, dans une moindre mesure, d'incendie).

Les appelantes soutiennent simplement que les dommages subis par l'intimée sont presque entièrement dus à la corrosion par le phénol de la surface de l'usine elle-même, de la machinerie et du matériel s'y trouvant, que ces dommages ne sont pas couverts par la clause de la police relative au feu et à l'explosion et que ces dommages ne résultent pas non plus de mesures prises par l'intimée ou pour son compte afin de parer à un danger imminent d'incendie ou d'explosion. L'intimée, par contre, prétend qu'il y a effectivement eu explosion au sens de la police et que les dommages subis sont reliés à cette explosion de la même façon que les dommages causés par l'eau et la fumée sont ordinairement réputés se rattacher à l'incendie et en découler, de sorte que ce genre de dommages donne lieu à indemnisation en vertu de polices d'assurance-incendie. L'avocat de l'intimée fait

emphasis, the proposition that the damages suffered by the respondent are nonetheless recoverable even if a finding were made that no explosion had occurred because they resulted either from action taken to avert an explosion or fire, or from the respondent not taking action (the closing of the manhole cover) which would have caused, in the respondent's submission, a catastrophic explosion, the damages resulting from which would have been clearly included in the insured risks.

valoir en outre, mais en insistant beaucoup moins, que les dommages subis sont néanmoins susceptibles d'indemnisation même si l'on conclut qu'il n'y a pas eu explosion, car ils résultent soit de mesures prises pour parer à une explosion ou à un incendie, soit de ce que l'intimée n'a pas pris de mesures (la fermeture du tampon de regard) qui auraient entraîné, selon l'intimée, une explosion catastrophique qui aurait causé des dommages clairement compris dans les risques assurés.

It should be observed at once that the trial judge found that no fire occurred, and indeed, that there was no apprehension of fire by the persons present at the time of this event. Counsel are agreed that no fire occurred, but the respondent, in this Court, pointed to some evidence which indicated the presence of flammable gases which were emitted from the storage tank. There was conflicting evidence from the experts as to whether the gases known to have been present would support a flame. One witness conducted experiments to show that a flame, once started, would be sustained by the methane and other gases present, while two other witnesses came to the opposite conclusion. There was considerable evidence that efforts were immediately made by the respondent's employees to ventilate the building by fans and the opening of windows. There was also evidence which indicated that there were in the plant, at the time, exposed pilot lights, electric motors and lights; and that despite all these fire hazards, no fire occurred. Taking all these circumstances into account, it can hardly be said that there was no evidence to support the finding by the learned trial judge that the peril of fire was not imminent, either in the minds of those present or in fact. The trial court when on to find that there was no imminent danger of explosion.

Il faut noter dès maintenant que le juge de première instance a conclu qu'il n'y a pas eu d'incendie ni même, chez les témoins de cet événement, la crainte d'un incendie. Les avocats conviennent qu'il n'y a pas eu d'incendie, mais devant cette Cour l'intimée a attiré l'attention sur des preuves indicatives de la présence de gaz inflammables qui émanaient du réservoir d'emmagasinage. Les experts ont émis des opinions contradictoires sur la question de savoir si les gaz que l'on savait présents auraient pu entretenir une flamme. Un témoin a fait des expériences pour montrer qu'une fois la combustion commencée, une flamme serait nourrie par le méthane et par les autres gaz présents, tandis que deux autres témoins en sont venus à la conclusion contraire. Bon nombre de preuves montrent que les employés de l'intimée ont immédiatement essayé d'aérer le bâtiment par l'utilisation de ventilateurs et l'ouverture de fenêtres. D'autres preuves indiquent qu'il y avait dans l'usine, à ce moment-là, des veilleuses découvertes, des moteurs électriques et des lumières et que, malgré toutes ces sources potentielles de feu, aucun incendie ne s'est déclaré. Compte tenu de toutes ces circonstances, ont peut difficilement dire que la preuve n'appuie pas la conclusion du savant juge de première instance que le danger d'incendie n'était pas imminent, ni dans l'esprit de ceux qui étaient présents ni dans les faits. Le tribunal de première instance a également conclu plus loin qu'il n'y avait aucun danger imminent d'explosion.

The only knowledgeable person at the scene during the evening of the 1st August was Mr. Mulhall [senior chemist of the respondent]. In his evidence he expressed no fear of explosion, but thought that some of the fumes and vapours being emitted might be flammable, and recommended ventilation.

[TRADUCTION] Dans la soirée du 1er août, la seule personne sur les lieux à s'y connaître était M. Mulhall [chimiste principal de l'intimée]. Dans sa déposition, il n'a exprimé aucune crainte d'explosion; il a toutefois cru que certaines des vapeurs qui se répandaient pouvaient être inflammables et il a recommandé l'aération.

This action, of course, was not a cause of the damage but rather the reverse.

As for the others present, their actions were based on total ignorance which cannot possibly be a basis for claiming that the steps actually taken were as a result of a real and properly founded apprehension of the insured risks—fire or explosion.

This then narrows the issue down to whether or not an explosion occurred resulting in damage to the property insured, and, failing that, whether there was an imminent peril of explosion which could justify preventive action by the insured which itself entailed recoverable damage.

The learned trial judge found that no explosion occurred.

In the result, I have no doubt that what in fact occurred and which caused the damage cannot properly be characterized as an explosion, but is correctly described, if one is speaking English other than loosely, as an eruption,—an entirely different thing and not within the insuring agreement.

Before reaching that conclusion, the Court examined the meaning of the word "explosion" and the word "eruption" in a number of dictionaries and then considered the evidence of at least one witness introduced by the plaintiff-respondent who proposed a more technical definition of "explosion". The trial judge said:

I have thought it necessary to set out the standard dictionary definitions of the words "explosion" and related words because of the attempt of counsel for the plaintiff to lead extrinsic evidence through Mr. W. J. Cruice as to whether or not what took place immediately following the pouring of water into the storage tank, would fall within his own definition of the word "explosion".

There is no doubt that Mr. Cruice is a highly qualified chemist specializing in the study of fire and explosion hazards. He is a senior executive of Hazards Research Corporation of Denville, New Jersey, and an officer of a national committee on Hazard Potential of Chemicals. Sub-Committee E27 of this committee is responsible for considering technical definitions or words including the word "explosion" and a list of seven alternative definitions was submitted to the members of that sub-committee in July 1977.

Cette mesure, bien sûr, n'est pas une cause des dommages mais plutôt le contraire.

Quant aux autres personnes présentes, leurs actions étaient basées sur une ignorance totale, ce qui ne peut en aucune façon servir de fondement pour prétendre que les mesures effectivement prises résultaient d'une appréhension réelle et bien fondée de la concrétisation de risques assurés—incendie ou explosion.

La question litigieuse se réduit donc à savoir s'il s'est produit une explosion entraînant des dommages aux biens assurés et, s'il n'y a pas eu explosion, à savoir s'il y avait un danger imminent d'explosion pouvant justifier l'assurée de prendre des mesures préventives qui elles-mêmes ont causé des dommages susceptibles d'indemnisation.

Le savent juge de première instance a conclu qu'il ne s'est pas produit d'explosion.

[TRADUCTION] En définitive, je n'ai aucun doute que ce qui s'est en réalité produit et que ce qui a causé les dommages ne peut proprement être qualifié d'explosion, mais la description exacte, si l'on parle avec une certaine recherche, est éruption—un phénomène tout à fait différent et ne relevant pas du contrat d'assurance.

Avant d'arriver à cette conclusion, la cour a étudié le sens des mots «explosion» et «éruption» dans plusieurs dictionnaires puis a examiné la déposition d'au moins un témoin cité par la demanderesse-intimée qui a proposé une définition plus technique du mot «explosion». Le juge de première instance a dit:

[TRADUCTION] J'ai cru nécessaire de présenter les définitions ordinaires que les dictionnaires donnent du mot «explosion» et de mots connexes parce que l'avocat de la demanderesse a tenté d'introduire par l'intermédiaire de M. W. J. Cruice des preuves indirectes sur la question de savoir si ce qui est arrivé immédiatement après le déversement d'eau dans le réservoir d'emmagasinage était une explosion selon sa propre définition du terme.

Il ne fait pas de doute que M. Cruice est un chimiste hautement qualifié se spécialisant dans l'étude des sources potentielles de feu et d'explosion. Il est au cadre supérieur chez Hazards Research Corporation de Denville (New Jersey) et dirigeant d'un comité national sur les risques que présentent les produits chimiques. Le sous-comité E27 de ce comité est chargé d'étudier des définitions techniques de certains mots, dont le mot «explosion», et une liste de sept définitions différentes a été soumise aux membres de ce comité en juillet 1977.

I raised the question of the admissibility of any such evidence at once, but because the case was being tried without a jury, I was not called upon to make an immediate ruling and permitted Mr. Cruice's evidence to be given, reserving my right to consider subsequently as to whether or not it was admissible.

I have no doubt that it was inadmissible and must be wholly disregarded.

The Court then considered the evidence of the appellants' expert witness, Dr. Harry L. Williams, a professor in the Department of Chemical Engineering and Applied Chemistry at the University of Toronto, and concluded that introduction of water into the tank did not cause any "sudden chemical reaction" which could be an "explosion". This witness also related the events here to the word "explosion" as will be seen later.

From this, the Court of Appeal came to the conclusion that the trial court had erroneously adopted a definition of "an explosion" from the field of chemistry. Secondly, the Court of Appeal found error in the apparent distinction made in the court below between an "eruption" and an "explosion", the Court of Appeal being of the opinion that such terms were not "mutually exclusive categories".

Counsel for the respondent urged upon this Court the argument that the event here amounted to an explosion in the sense the word is employed in the policy of insurance. For this he found support in various dictionaries. Counsel for the appellants likewise placed reliance upon dictionary definitions of the term and applied them to the circumstances here through the analogy of a volcanic disturbance. If the island on which the volcanic action occurred was destroyed in the process, one would say, in ordinary terminology, that an explosion had occurred; whereas if only lava were emitted, however violently, one would say that the event was an eruption. The parties were in essential agreement in this Court on the appropriate dictionary definition of the word "explosion" and the meaning of that word as employed in the insurance policy here in issue. It is the application of that meaning to the events disclosed in the evidence by the trial judge that raises differences

J'ai aussitôt soulevé la question de la recevabilité d'une telle preuve, mais parce qu'il s'agissait d'une audition sans jury, je n'étais pas appelé à rendre une décision immédiatement et, sous réserve de mon droit de statuer ultérieurement sur sa recevabilité, j'ai autorisé la déposition de M. Cruice.

Je n'ai aucun doute qu'elle est irrecevable et qu'il faut en faire entièrement abstraction.

La cour a alors examiné la déposition du témoin expert des appelantes, le docteur Harry L. Williams, professeur à la Faculté de génie chimique et de la chimie appliquée de l'Université de Toronto, et a conclu que le déversement d'eau dans le réservoir n'a pas provoqué de «réaction chimique soudaine» qui pouvait être une «explosion». Comme on le verra plus loin, ce témoin a également établi un rapport entre les événements en cause et le mot «explosion».

A partir de cela la Cour d'appel est venue à la conclusion que le tribunal de première instance a eu tort d'adopter une définition d'«une explosion» relevant du domaine de la chimie. Deuxièmement, la Cour d'appel a jugé erronée la distinction qu'a paru faire le tribunal d'instance inférieure entre une «éruption» et une «explosion», la Cour d'appel étant d'avis que ces termes ne constituent pas «des catégories qui s'excluent mutuellement».

L'avocat de l'intimée a insisté devant cette Cour sur l'argument que l'événement en question équivaut à une explosion au sens de la police d'assurance. Il a invoqué divers dictionnaires à l'appui de cet argument. L'avocat des appelantes s'est également appuyé sur les définitions du mot données par les dictionnaires et a appliqué ces définitions aux circonstances de l'espèce en employant l'analogie d'une perturbation volcanique. Si l'île sur laquelle s'est produit l'activité volcanique venait par suite de cette activité à être détruite, on dirait, dans la terminologie ordinaire, qu'il y a eu explosion; mais si, par contre, il n'y a eu qu'écoulement de lave, quelle qu'en soit la violence, on qualifierait l'événement d'éruption. Les parties sont pour l'essentiel d'accord devant cette Cour sur la définition du mot «explosion» et sur le sens de ce mot employé dans la police d'assurance présentement en litige. C'est sur la façon dont le juge de première instance a appliqué ce sens aux événements

between them. An appellate tribunal is in an invidious position when reviewing conflicting conclusions concerning an event which was required to be classified according to the terms of a policy of insurance. In the ordinary concept of judicial processes, it is no function of an appellate tribunal, such as this Court, to rework the evidence so as to revise, modify or reverse a finding of fact reached at trial. Where, however, inferences are drawn from those facts, the appellate tribunal has a role to play. Furthermore, where the analysis of the facts depends upon the correct interpretation of the document in question, an error of law amounting to misdirection of the tribunal of fact is, of course, subject to review by the appellate tribunal.

The facts regarding the alleged explosion can be easily stated. After the firemen had introduced water into the storage tank through the manhole for about one minute, a violent expulsion of steam occurred. This was accompanied by chunks of the resinous material being flung upwards through the manhole, some even reaching the ceiling some 40 to 50 feet above the storage tank. This stage was immediately followed, if not accompanied in part, by a lava-like flow of epoxy resin out through the manhole. This flow apparently lasted for a very short period of two or three minutes. The black vapours and fumes continued to escape through the open hatch in the tank before and after this event. It is clear and undenied that damage from phenolic corrosion likewise occurred before and after this event. The first question is, does this episode amount to an explosion in the sense of that word as it appears in the above quoted portion of the policy of insurance? Then, if the answer is yes, what damage, if any, resulted from such explosion?

Some facts concerning this event are in dispute; some are not. The parties agree that the water entered into no chemical reaction with the epoxy resin; there was no reported sound associated with the event; the building was not damaged; but, a fracture does appear in one photograph of the housing surrounding the rotating stem which drove

révélés dans la preuve que les parties ne sont pas d'accord. Un tribunal d'appel est dans une position peu enviable lorsqu'il doit examiner des conclusions contradictoires relatives à un événement qu'il fallait classer suivant les termes d'une police d'assurance. Dans la conception ordinaire des procédures judiciaires, il n'appartient nullement à un tribunal d'appel, comme cette Cour, de réexaminer la preuve de façon à réviser, modifier ou infirmer une conclusion de fait de la cour de première instance. Cependant, s'il s'agit de tirer des conséquences de ces faits, le tribunal d'appel a un rôle à jouer. De plus, lorsque l'analyse des faits dépend d'une interprétation exacte du document en question, une erreur de droit équivalant à une mauvaise conception de la part du tribunal des faits est, bien entendu, assujettie à l'examen du tribunal d'appel.

Voici un énoncé des faits concernant la prétendue explosion. Après que les pompiers eurent déversé de l'eau par le regard dans le réservoir d'emmagasinage pendant une minute environ, il se produisit une violente expulsion de vapeur accompagnée de la projection dans les airs, toujours par le regard, de morceaux de la matière résineuse, certains atteignant même le plafond quelque 40 ou 50 pieds au-dessus du réservoir. Cette étape fut suivie, sinon accompagnée en partie, d'un écoulement, semblable à de la lave, de résine époxyde par le regard. La coulée, semble-t-il, n'eut qu'une très brève durée de deux ou trois minutes. Les vapeurs noires et la fumée continuaient à s'échapper par le regard ouvert du réservoir avant comme après cet événement. Il est évident, et on ne le nie pas, que des dommages dus à la corrosion par le phénol sont survenus tant avant l'écoulement qu'après. La première question qui se pose est de savoir si cet incident équivaut à une explosion au sens de l'extrait précité de la police d'assurance. Puis, si la réponse est «oui», quels dommages, s'il y en est, ont résulté de l'explosion?

Certains des faits reliés à cet événement sont contestés; d'autres ne le sont pas. Les parties conviennent que l'eau n'a pas provoqué de réaction chimique au contact de la résine époxyde; on n'a fait état d'aucun bruit accompagnant l'événement; le bâtiment n'a subi aucun dommage; mais une photographie révèle une crique dans le carter de la

the circulating paddles in the storage tank; there was a spattering of material on the ceiling immediately above the tank; the floor surrounding the tank was covered in some areas by a dark, lava-like substance; and no windows were broken. The fire platoon chief and his helper were, according to the platoon chief, thrown some 20 feet back from the storage tank when the steam was emitted. The trial judge stated with reference to this fact:

> There is no evidence of even minor injuries being suffered by Ray or his unfortunate driver and I am inclined to think that their flight only seemed like 20 feet, and that what is more likely is that being understandably startled, they stepped back and fell.

The trial judge found:

> ... that a comparatively small amount [of resin] had burst out of the open manhole following the pouring of water into the tank.

and later concluded:

> The inescapable conclusion is that the force of the eruption was directed vertically through the manhole. Neither the tank nor the building suffered structural damage, no noise was reported to have been heard by anyone, and no windows were broken. There were no further eruptions after the initial expulsion of vapours and pieces of solid epoxy and the lava like flow described by ... [the platoon chief] which must have been of brief duration, having regard to the fact that most of the contents of the tank were still there when everything cooled down.

There is evidence, therefore, in support of the conclusion by the trial judge that the episode did not amount to an explosion as that word was found in the contract as construed by the Court. This Court does not ordinarily alter a finding of fact below unless in reaching it or a conclusion with reference thereto, the court below when making the finding did not follow the law in instructing itself as to the proper tests to be applied. While the learned trial judge does refer to the fact that no witness suggested that the "introduction of the water caused any chemical change in the contents of the tank"; and that "the water had no effect on the exothermic reaction"; and that "there was no

tige rotative qui entraîne les palettes destinées à faire circuler la résine dans le réservoir d'emmagasinage; il y avait des éclaboussures sur le plafond directement au-dessus du réservoir; le sol autour du réservoir était couvert à certains endroits d'une substance foncée semblable à de la lave; aucune fenêtre n'a été brisée. Selon le chef de peloton des pompiers, lui-même et son assistant ont été projetés en arrière à quelque 20 pieds du réservoir d'emmagasinage au moment de l'expulsion de la vapeur. Le juge de première instance a dit à ce propos:

> [TRADUCTION] Il n'y a aucune preuve de blessures, même mineures, subies par Ray ou son infortuné chauffeur et je suis porté à croire qu'il leur a seulement semblé avoir été projetés à 20 pieds et que, ce qui est plus probable, étant surpris, ce qui est compréhensible, ils ont reculé et sont tombés.

Le juge de première instance a conclu:

> [TRADUCTION] ... qu'une quantité relativement faible [de résine] avait jailli du regard ouvert par suite du déversement d'eau dans le réservoir.

et plus loin il a conclu:

> [TRADUCTION] On doit inévitablement conclure que la force de l'éruption était dirigée verticalement par le regard. Ni le réservoir ni le bâtiment n'ont subi de dommages dans leur structure, personne n'a entendu de bruit et aucune fenêtre n'a été brisée. Il n'y a pas eu d'autres éruptions après la première expulsion de vapeurs et de morceaux d'époxyde solide ni après l'écoulement semblable à de la lave décrit par ... [le chef de peloton], écoulement qui a dû être de courte durée étant donné que la majeure partie du contenu du réservoir était encore là quand le tout s'est refroidi.

Il y a donc des éléments de preuve à l'appui de la conclusion du juge de première instance que l'incident n'équivaut pas à une explosion au sens que la cour a donné à ce mot dans le contrat. Cette Cour n'a pas l'habitude de modifier une conclusion de fait, à moins que, dans l'élaboration de cette conclusion ou d'une conclusion qui s'y rapporte, le tribunal d'instance inférieure n'ait pas respecté la loi dans son choix des critères à appliquer. Bien que le savant juge de première instance mentionne qu'aucun témoin n'a prétendu que le [TRADUCTION] «déversement d'eau a provoqué une transformation chimique dans le contenu du réservoir», que [TRADUCTION] «l'eau n'a eu aucun effet sur la

sudden chemical reaction from the water"; nevertheless the Court did direct its attention to the available dictionaries in current use and did apply the definitions there examined to the facts as described by both lay and expert witnesses. The trial judge appears to have preferred the description of the episode by Dr. Williams. This expert, on more than one occasion in the evidence, described the situation in the storage tank at the critical moment as being analogous to bread dough rising because of pockets of gas developing in it. After describing that the gas evolved from the epoxy resin as a part of a degradation process in the course of the exothermic reaction, Dr. Williams then stated that the material would bubble in the course of this process, and would resemble "hot toffee". The gas, however, did not evolve as bubbles coming up through the toffee, but "It is more like bread dough and the whole thing bubbles up like bread dough".

réaction exothermique», et que [TRADUCTION] «il n'y a eu aucune réaction chimique soudaine causée par l'eau», la cour a néanmoins porté son attention sur des dictionnaires d'usage courant pour appliquer les définitions s'y trouvant aux faits décrits par des témoins, profanes aussi bien qu'experts. Le juge de première instance paraît avoir préféré la description de l'incident fournie par le professeur Williams. Cet expert a plus d'une fois dans sa déposition décrit la situation dans le réservoir d'emmagasinage au moment critique en faisant une analogie avec de la pâte à pain qui lève à cause des poches de gaz qui s'y développent. Ayant indiqué que les gaz se dégageaient de la résine époxyde dans un processus de dégradation associé à la réaction exorthermique, le professeur Williams a alors affirmé que la matière bouillonnait au cours de ce processus et qu'elle ressemblait à du [TRADUCTION] «caramel chaud». Les gaz ne se sont toutefois pas dégagés sous forme de bulles montant à la surface du caramel, mais [TRADUCTION] «Cela ressemble davantage à une pâte à pain et le tout lève comme de la pâte à pain.»

He then described the actual event which followed the introduction of the water into the reactor:

My opinion, on this matter is that introducing water into the reactor cooled, at most, a little surface layer of the overheated plastic.

At about the same time, the evolution of gases reached such a stage that they were available in the space.

The boiling water and gases threw out of the reactor various amounts of black decomposition powder which we have called lava.

I don't think the amount of water put in there had any significant effect on the total reaction.

It might have cooled a very thin layer at the top, and it would certainly, of course, cool a little bit of the material flying out, but it could not have released the heat from the interior of the mass; the deep, several feet thick layer of polymer which we had in the reactor.

I would guess that the effect was insignificant overall.

. . .

Il a alors décrit ce qui s'est effectivement produit à la suite du déversement d'eau dans le récipient.

[TRADUCTION] Je suis d'avis à ce sujet que le déversement d'eau dans le récipient a refroidi, au plus, une mince couche à la surface du plastique surchauffé.

A peu près au même moment, la formation des gaz était parvenue à un stade où ils s'étaient répandus dans l'espace.

L'eau bouillante et les gaz ont expulsé du récipient diverses quantités de poudre noire, produit de la décomposition, que nous avons appelée lave.

Je ne crois pas que la quantité d'eau déversée ait eu quelque effet appréciable sur la réaction dans son ensemble.

Elle a pu provoquer le refroidissement d'une couche très mince à la surface et elle a certainement refroidi une petite quantité de la matière projetée à l'extérieur, mais cela n'a pu libérer la chaleur de l'intérieur de la masse, de la couche, épaisse de plusieurs pieds, de polymère qu'il y avait dans le récipient.

J'estime que l'effet global a été insignifiant.

. . .

It was my impression, really, that the eruption was pretty well coincidental with the application of water more than anything else.

Elsewhere in cross-examination, however, Dr. Williams expressed views on the general nature of "explosions":

Q. Can you tell me, please, sir, in your opinion is it probable that an explosion would have occurred if the manhole cover had not been opened?

A. According to my definition of an explosion, no, sir, it would not have taken place. It would have been a rupture.

Q. What is your definition of an explosion, Doctor?

A. I use the chemical definition of a rapid chemical reaction producing gases in the sense of a gasoline explosion or an explosion of nitro-glycerine, something like that.

I do not include in my definition of an explosion the rupture of a balloon or the rupture of a tire.

I think that is, perhaps, going a bit too far.

Q. You wouldn't include the explosion of a boiler-a steam boiler in your definition?

A. No, I would call it a rupture.

Q. That is not an explosion?

So that you would not agree with Mr. Cruice that in the modern parlance of 1970 an explosion is a rapid equilibration of a high pressure gas with the environment?

That would not be within your definition of an explosion?

A. You have two definitions of a—or I guess you have three definitions of an explosion.

His Lordship mentioned a common knowledge term explosion which is really what we are concerned with.

There is the chemical explosion where you have gases mixed with oxygen and it explodes.

And then you have to have some word, as far as ASTM is concerned, what we would call sudden releases of pressure, and they call that an explosion.

The Court of Appeal, speaking through Madame Justice Wilson, observed in connection with the evidence of Dr. Williams:

It seems to me that in adopting Professor Williams' concept of what constituted an "explosion" the learned trial judge was led into error. Professor Williams had

J'ai eu l'impression, à vrai dire, que l'éruption n'a plutôt fait que coïncider avec le déversement d'eau.

Ailleurs dans son contre-interrogatoire, cependant, le professeur Williams a exprimé des opinions sur la nature générale des «explosions»:

[TRADUCTION] Q. Pourriez-vous me dire, monsieur, si, à votre avis, il est probable qu'il y aurait eu une explosion si le tampon de regard n'avait pas été ouvert?

R. Selon ma définition du terme explosion, non monsieur, il n'y en aurait pas eu. C'aurait été un éclatement.

Q. Quelle est votre définition d'une explosion, professeur?

R. J'emploie la définition chimique, c'est-à-dire une réaction chimique rapide qui produit des gaz, comme une explosion d'essence ou de nitroglycérine ou quelque chose du genre.

Ma définition d'une explosion n'englobe pas l'éclatement d'un ballon ou d'un pneu.

Ce serait, je crois, aller peut-être un peu trop loin.

Q. Vous n'incluriez pas dans votre définition l'explosion d'une chaudière—d'une chaudière à vapeur?

R. Non, je l'appellerais un éclatement.

Q. Il ne s'agit pas là d'une explosion?

Alors vous ne seriez pas d'accord avec M. Cruice que dans le langage moderne de 1970 une explosion est une équilibration rapide d'un gaz à haute pression avec l'environnement?

Cela ne serait pas compris dans votre définition d'une explosion?

R. Il y a deux définitions d'une—ou plutôt je suppose qu'il y a trois définitions d'une explosion.

Votre Seigneurie a mentionné une explosion au sens ordinaire et en réalité c'est cela qui nous intéresse.

Il y a l'explosion chimique où les gaz sont mélangés avec de l'oxygène et le tout explose.

Et puis il faut, d'après l'ASTM, qu'il y ait un terme qui désigne ce que nous appellerions des décompressions soudaines et l'ASTM appelle cela une explosion.

La Cour d'appel, par l'intermédiaire de madame le juge Wilson, a fait remarquer relativement à la déposition du professeur Williams:

[TRADUCTION] Il me semble qu'en adoptant la conception du professeur Williams de ce qui constitue une «explosion», le savant juge de première instance a été

made it very clear that his definition of explosion was not the definition of common use but was the chemical definition. He acknowledged that he would not have included the explosion of a steam-boiler in his definition because of the absence of any rapid chemical reaction. In my view, Professor Williams' misunderstanding of what constituted an explosion within the meaning of the policy rendered his opinion as to whether or not there was a risk of explosion if none of the avertive steps had been taken completely valueless.

The trial judge drew certain conclusions and made certain findings from this rather extensive record. First of all, as regards the consequence of putting the water through the manhole, His Lordship observed:

> Nothing happened for a little over a minute and then there was a violent eruption through the "manhole" including solid pieces of material, followed by a "lava-like" mass that continued to roll out.

Later in his judgment reference was made to the amount of destroyed material recovered, and then he stated:

> With a substantial quantity of water being poured suddenly on a very hot surface in a largely enclosed tank, what would one expect other than that this would be followed by a violent expulsion of steam, as Watt discovered in the 18th Century.
>
> . . .
>
> The inescapable conclusion is that the force of the eruption was directed vertically through the manhole.

The learned trial judge then reviewed certain of the expert testimony including that of Dr. Williams and concluded:

> In the result, I have no doubt that what in fact occurred and which caused the damage cannot properly be characterized as an explosion, but is correctly described, if one is speaking English other than loosely, as an eruption,—an entirely different thing and not within the insuring agreement.

In analysing the evidence surrounding the question of explosion, the trial judge examined the dictionary definitions of the words "explosion" and "eruption" and words derived therefrom. He had earlier rejected evidence tendered by the plaintiff-

induit en erreur. Le professeur Williams avait bien précisé que sa définition d'une explosion n'était pas la définition ordinaire, mais plutôt la définition chimique. Il a admis qu'en raison de l'absence d'une réaction chimique rapide, il n'aurait pas inclus dans cette définition l'explosion d'une chaudière à vapeur. A mon avis, la conception erronée du professeur Williams de ce qui constitue une explosion au sens de la police a anéanti complètement la valeur de son opinion sur la question de savoir si, à défaut de prendre une quelconque des mesures préventives, il y aurait eu risque d'explosion.

Le juge de première instance a tiré certaines conclusions à partir de ce dossier assez volumineux. Tout d'abord, pour ce qui est du déversement d'eau par le regard, il a fait remarquer:

> [TRADUCTION] Pendant un peu plus d'une minute il ne s'est rien passé et puis il y a eu une éruption violente par le «regard» emportant même les morceaux solides de matière, ce qui a été suivi de la coulée d'une masse «semblable à de la lave».

Plus loin dans son jugement il fait mention de la quantité de matière détruite que l'on a pu récupérer, puis il dit:

> [TRADUCTION] Une quantité considérable d'eau ayant été soudainement versée sur une surface très chaude dans un réservoir presque entièrement clos, à quoi fallait-il s'attendre, si ce n'est que cela serait suivi d'une expulsion violente de vapeur, comme l'a découvert Watt au 18e siècle.
>
> . . .
>
> On doit inévitablement conclure que la force de l'éruption était dirigée verticalement par le regard.

Le savant juge de première instance a alors passé en revue certaines des dépositions des experts, y compris celle du professeur Williams, et il a conclu:

> [TRADUCTION] En définitive, je n'ai aucun doute que ce qui s'est en réalité produit et que ce qui a causé les dommages ne peut proprement être qualifié d'explosion, mais la description exacte, si l'on parle avec une certaine recherche, est éruption—un phénomène tout à fait différent et ne relevant pas du contrat d'assurance.

Dans son analyse de la preuve sur la question d'une explosion, le juge de première instance a examiné les définitions que donnent les dictionnaires des mots «explosion» et «éruption» ainsi que des mots qui en dérivent. Il avait auparavant rejeté les

respondent on the experts' definition of an explosion. As seen from excerpts already quoted, one of the experts, Dr. Williams, indeed advanced three definitions or categories of explosions, and there is nothing in the reasons given at trial to indicate that the learned trial judge adopted in any way the restricted chemical definition of an explosion.

The interpretation of words as employed by the parties in an insurance contract is a judicial task no different in principle than the interpretation of any other contract unless the process involves the relationship between the contract and its terms, and applicable statute law, which is not here the case. Lord Sumner in *Becker, Gray and Company v. London Assurance Corporation*[2] spoke about the process in this way at pp. 113-4:

> One need only ask, has the event, on which I put my premium, actually occurred? This is a matter of the meaning of the contract, and not, as seems sometimes to be supposed, of doing the liberal and reasonable thing by a reasonable assured. This is why, as it seems to me, the causa proxima rule is not merely a rule of statute law, but is the meaning of the contract writ large.

Taking into account the considerations borne in mind by the trial judge as evidenced by the terms of the judgment itself, and having examined the evidence of Dr. Williams, and bearing in mind the fact that the trial judge rejected the recourse to scientific terminology to define the word "explosion" as it is found in the policy of insurance, I conclude with all deference to those who have arrived at other conclusions that there is no basis on which an appellate tribunal can properly conclude that the trial judge here committed an error in determining that the events described in the evidence in the record did not amount to an explosion in the sense in which that term is employed in the insurance policy.

This then takes one to the remaining issue as to whether there was present an imminent peril of explosion, and if so, whether action described by

[2] [1918] A.C.101.

témoignages présentés pour le compte de la demanderesse-intimée relativement à la définition du mot explosion retenue par les experts. Comme il ressort des extraits précités, l'un des experts, le professeur Williams, a même proposé trois définitions ou trois catégories d'explosions et rien dans les motifs du juge de première instance n'indique que celui-ci ait de quelque façon adopté la définition chimique restreinte d'une explosion.

L'interprétation des termes employés par les parties dans un contrat d'assurance est une tâche judiciaire qui ne diffère point en principe de l'interprétation de tout autre contrat, à moins que le processus ne s'étende aux rapports entre le contrat et ses termes et la loi applicable, ce qui n'est nullement le cas ici. Lord Sumner dans l'arrêt *Becker, Gray and Company v. London Assurance Corporation*[2], a parlé du processus en ces termes aux pp. 113 et 114:

> [TRADUCTION] Il suffit de se demander si l'événement contre lequel on s'est assuré s'est effectivement produit. Cela relève du sens du contrat et non, comme on semble parfois le supposer, de l'accomplissement d'un acte avantageux et raisonnable par un assuré agissant en bon père de famille. C'est pourquoi, à ce qu'il me semble, la règle de la causa proxima n'est pas simplement une règle de droit écrit, mais il s'agit du sens du contrat dans toute sa force.

Tenant compte des facteurs présents à l'esprit du juge de première instance comme en témoignent les termes du jugement lui-même, ayant examiné la déposition du professeur Williams et gardant à l'esprit que le juge de première instance a rejeté le recours à la terminologie scientifique pour définir le mot «explosion» employé dans la police d'assurance, je conclus, avec égards pour ceux qui sont arrivés à d'autres conclusions, qu'il n'y a aucun fondement sur lequel un tribunal d'appel peut à bon droit conclure que le juge de première instance a, en l'espèce, commis une erreur lorsqu'il a décidé que les événements décrits dans la preuve versée au dossier n'équivalaient pas à une explosion au sens de la police d'assurance.

Cela nous amène donc à la dernière question, celle de savoir s'il y avait danger imminent d'explosion et, dans l'affirmative, si les dispositions,

[2] [1918] A.C. 101.

the Court of Appeal as "avertive steps" taken by the respondent resulted in recoverable damage. The parties have agreed upon the damage suffered in the event that in law the plaintiff-respondent is entitled to recover under the doctrine of imminent peril.

The respondent, in this Court, urged the presence of an imminent peril on the basis of three elements:

1. the actual occurrence of an explosion;
2. the threshhold event that happened, namely the commencement of the exothermic cycle which was irreversible;
3. the fire department refrained from closing the manhole in order to avoid an explosion which would have produced damage recoverable under the policy.

The respondent submits that the damages suffered by reason of its action taken to minimize damage and avert imminent perils resulted from:

a) fumes coming from the storage tank;
b) solid material thrown out of the storage tank; and
c) water discharged into the building to avert or reduce existing perils.

The respondent further asserts that five steps taken or not taken by it were to avert the insured peril or minimize the damage which would ensue from that peril materializing. These are:

1) leaving the manhole open;
2) pouring water into the tank;
3) pouring water around the tank;
4) reopening the steam valve on the refrigeration unit; and
5) opening windows in the plant.

These considerations are irrelevant if there was no "imminent peril" of an explosion. This raises questions of fact and of law. The evidence of Dr. Williams accepted by the trial judge was to the

décrites par la Cour d'appel comme des «mesures préventives», prises par l'intimée, ont entraîné des dommages susceptibles d'indemnisation. Les parties se sont entendues sur le montant des dommages subis au cas où, en droit, la demanderesse-intimée pourrait être indemnisée en application de la doctrine du danger imminent.

En cette Cour, l'intimée s'est appuyée sur trois éléments pour affirmer qu'il y avait danger imminent:

1. une explosion qui s'est effectivement produite;
2. l'événement préliminaire qui a eu lieu, savoir le commencement du cycle exothermique qui était irréversible;
3. le corps de sapeurs-pompiers n'a pas fermé le tampon de regard afin d'éviter une explosion qui aurait entraîné des dommages pouvant faire l'objet d'indemnisation en vertu de la police.

L'intimée prétend que les dommages subis par suite des mesures prises afin de minimiser les dommages et de parer à des dangers imminents résultaient:

a) des fumées émanant du réservoir d'emmagasinage;
b) de la matière solide projetée à l'extérieur du réservoir d'emmagasinage; et
c) de l'eau déversée dans le bâtiment pour parer aux dangers existants ou les réduire.

L'intimée affirme en outre que cinq mesures qu'elle a prises ou n'a pas prises visaient à éliminer le danger assuré ou à minimiser les dommages qui en auraient découlé s'il s'était concrétisé. Voici les mesures:

1) laisser ouvert le regard;
2) déverser de l'eau dans le réservoir;
3) arroser le réservoir;
4) rouvrir la soupape de retenue de vapeur sur l'appareil de réfrigération; et
5) ouvrir des fenêtres de l'usine.

S'il n'y avait pas «danger imminent» d'explosion, ces facteurs sont dénués d'intérêt. Cela soulève des questions de fait et de droit. D'après la déposition du professeur Williams, que le juge de première

effect that there was in fact no imminent peril of explosion. The learned trial judge found that there was no reasonable apprehension of an explosion. This finding is no doubt drawn from the evidence of the senior scientist of the repondent who stated that there was the hazard of fire had the building not been ventilated, but in the words of the trial judge "gave no indication that he had any anxiety that the mass of epoxy resin itself would explode". There is, in short, nothing in the record to indicate that those present at the time the alleged avertive actions were taken, that is from 9:30 p.m. onwards on August 1, held any concern that they were under a peril of explosion from the storage tank and its contents. The conclusion by the trial judge that there had not been a risk of explosion in existence is supported by the evidence, and therefore it is unnecessary to deal with the actions taken to avert the alleged danger. However, the respondent has argued that the affirmative decision taken not to close the hatch cover on the manhole was properly an 'avertive' measure, because to have done so would have caused an insured event, an explosion, which one witness for the respondent said "would have been of catastrophic proportions". As already mentioned, the manhole was opened at 7:30 p.m. in order to examine the contents of the storage tank. It was left open at that time through inadvertence. No fumes or vapours were at that time escaping from the tank. From 9:30 p.m. onwards when the vapours and fumes were being emitted from the manhole cover, no consideration was given to closing the manhole because this would cause an accumulation of pressure. Neither the firemen nor those present testified that any consideration was given to such a measure. The respondent now seeks to argue that the firemen had the right to close the manhole cover in order to seal off the fumes, and had they done so, the corrosive damage (which was the major cause of the respondent's losses) would have been arrested and perhaps much of it avoided. The respondent concedes that in law the respondent itself had no right to do so because, simply put, it would be an attempt by the respondent to terminate an uninsured loss by creating a risk within the coverage of the policy, namely the risk of explosion. In any event, the manhole was not opened in

instance a retenue, il n'existait en réalité aucun danger imminent d'explosion. Le savant juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas de crainte raisonnable d'explosion. Cette conclusion est sans doute tirée de la déposition du scientifique principal de l'intimée, selon lequel il y aurait eu risque d'incendie si le bâtiment n'avait pas été aéré, mais qui, pour reprendre les termes du juge de première instance, n'a [TRADUCTION] «manifesté aucune crainte que la masse de résine époxyde elle-même n'explose». Bref, rien au dossier n'indique que les personnes présentes au moment où ont été prises les prétendues mesures préventives, c'est-à-dire à partir de 21 h 30 le 1er août, avaient la moindre crainte d'être exposées à un danger d'explosion présenté par le réservoir d'emmagasinage et son contenu. La conclusion du juge de première instance qu'il n'y avait pas de risque d'explosion est appuyée par la preuve et il n'est donc pas nécessaire d'examiner les mesures prises pour parer au prétendu danger. L'intimée a cependant soutenu que la décision positive de laisser le tampon de regard ouvert était vraiment une mesure «préventive», car, si on l'avait fermé, il s'en serait suivi un événement assuré, soit une explosion qui, au dire de l'un des témoins de l'intimée [TRADUCTION] «aurait eu des proportions catastrophiques». Comme on l'a déjà mentionné, le regard a été ouvert à 19 h 30 afin d'examiner la contenu du réservoir d'emmagasinage. Par inadvertance, il a été laissé ouvert à ce moment-là. Aucune fumée ou vapeur ne s'échappait alors du réservoir. A partir de 21 h 30 quand les vapeurs et les fumées émanaient du regard, on n'a pas envisagé de le fermer puisque cela aurait entraîné une augmentation de la pression. Ni les pompiers ni les personnes présentes n'ont témoigné que l'on ait envisagé une telle mesure. L'intimée essaie maintenant de faire valoir que les pompiers avaient le droit de fermer le tampon de regard pour empêcher l'échappement des fumées et que s'ils l'avaient fait, les dommages dus à la corrosion (cause principale des pertes de l'intimée) auraient été limités et peut-être en bonne partie évités. L'intimée concède qu'en droit elle ne pouvait pas elle-même le faire, car, simplement, elle aurait ainsi tenté d'éviter une perte non assurée en créant un risque couvert par la police, savoir le risque d'explosion. Quoi qu'il en soit, le

order to forestall an explosion, nor was it left open (after the inspection at 7:45 p.m.) for that purpose. No doubt it was left open after the fumes and vapours were discovered escaping at 9:25 p.m., in order to avoid the risk of causing an explosion, but the explosion would only become imminent in the event the manhole cover was replaced.

Because of the findings of fact we are not called upon to determine the law of imminent peril as it exists today. In view of the disposition made of this issue by the Court of Appeal, however, reference should be made to the state of the law as it bears upon the position of the parties to an insurance contract when faced with the imminence of an insured peril. As long ago as 1869, the courts of the State of Maine, in *White v. Republic Fire Insurance Co.*[3], stated, at p. 95:

> ... the imminence of the peril must be apparent, and such as would prompt a prudent uninsured person to remove the goods; it must be such as to inspire a conviction that to refrain from removing the goods would be the violation of a manifest moral duty;

That case concerned a claim based upon the moving of goods out of a warehouse (which ultimately was not destroyed) onto the street where the goods in fact were damaged.

The doctrine began to evolve into its modern form in *The Knight of St. Michael*[4] where the master of a vessel, detecting the presence of spontaneous combustion in a cargo of coal, unloaded the coal prior to reaching the contract destination, at a loss to the owners. No fire actually broke out, but the trial court determined "that there was an actual existing state of peril of fire and not merely fear of fire". This decision came under examination by Lord Reading in *Kacianoff v. China Traders Insurance Company Limited*[5], at p. 1128:

[3] (1869), 57 Maine Reports 91.
[4] [1898] P. 30.
[5] [1914] 3 K.B. 1121.

tampon de regard n'a pas été ouvert pour parer à une explosion, pas plus qu'il n'a été laissé ouvert (après l'inspection à 19 h 45) à cette fin. Il a sans doute été laissé ouvert, après la découverte, à 21 h 25, des fumées et des vapeurs qui s'échappaient, pour éviter le risque d'explosion, mais l'explosion ne serait devenue imminente que si le tampon de regard avait été remis en place.

En raison des conclusions de fait, nous ne sommes pas appelés à nous prononcer sur l'état actuel du droit en matière de danger imminent. Toutefois, vu la décision de la Cour d'appel sur cette question, il faudrait parler de l'état du droit en ce qui a trait à la position des parties à un contrat d'assurance lorsqu'elles ont à faire face à l'imminence d'un danger assuré. Déjà en 1869, les tribunaux de l'Etat du Maine, dans *White v. Republic Fire Insurance Co.*[3] ont déclaré, à la p. 95:

> [TRADUCTION] ... l'imminence du danger doit être évidente et de nature à pousser une personne prudente qui n'est pas assurée à déplacer les biens menacés; elle doit être de nature à lui inspirer la conviction que ce serait la violation d'un devoir moral manifeste que de ne pas les déplacer;

Il s'agissait dans cette affaire-là d'une réclamation fondée sur le déplacement de biens d'un entrepôt (qui en fin de compte n'a pas été détruit) jusque dans la rue où ils ont effectivement été endommagés.

Cette doctrine a commencé à prendre sa forme moderne dans l'affaire *The Knight of St. Michael*[4] où le commandant d'un navire, ayant décelé la présence de combustion spontanée dans une cargaison de charbon, a déchargé le charbon avant d'arriver à la destination prévue par le contrat, entraînant ainsi une perte pour les propriétaires. En réalité, il n'y a pas eu incendie, mais la cour de première instance a conclu [TRADUCTION] «qu'il existait un danger réel d'incendie et non simplement une crainte d'incendie». Lord Reading a examiné cette décision dans l'arrêt *Kacianoff v. China Traders Insurance Company Limited*[5], à la p. 1128:

[3] (1869), 57 Maine Reports 91.
[4] [1898] P. 30.
[5] [1914] 3 K.B. 1121.

The danger was present, and if nothing had been done spontaneous combustion and fire would have followed in the natural course.

From these and other cases there emerged in the courts in England the principle that the peril stated to be imminent must be within the insured risks of the policy and that the insured risk had "begun to operate as a peril" at the time of the taking of the preventive action which in fact brought about the damage to the insured. The factual situation in *Kacianoff, supra*, brings the rule into sharp focus. There the shipowner had contracted to deliver a cargo to Russia via Japan. The policy of insurance provided for coverage "against capture". After the policy had been entered into and before the ship set sail from San Francisco, war broke out between Russia and Japan. The shipowner decided not to set sail from the United States and disposed of the cargo. The Court found that the loss was not occasioned by capture nor by the imminent peril of capture because that risk had not begun "to operate". Lord Sumner, in *Becker, Gray and Company v. London Assurance Corporation, supra*, at p. 114, stated:

This is also why the reasonableness of the conduct of the *Kattenturm's* captain and the unreasonableness of suggesting that he might have done otherwise are alike off the point. So long as his action was voluntary it was his action and not that of the captain of a British man-of-war, and the policy insures against the second, but against the first only when it amounts to barratry.

Rowlatt J. carried the matter forward in *Joseph Watson and Son, Limited v. Firemen's Fund Insurance Company of San Francisco*[6], when he stated at p. 358:

It is one thing to say that where a peril in fact existed one must take the view of the captain formed at the time the peril existed as to what would be the outcome of that peril, and must not say to him, "If you had held on you would have found that all would have come right," or something of that sort. It is another thing to say that one must take the captain's view whether the state of facts existed which are alleged to have constituted the peril.

[6] [1922] 2 K.B. 355.

[TRADUCTION] Le danger existait et, si rien n'avait été fait, il y aurait eu comme conséquence inéluctable combustion spontanée et incendie.

De ces arrêts et d'autres s'est dégagé dans les tribunaux d'Angleterre le principe que le danger que l'on disait imminent doit être compris dans les risques assurés visés par la police et que le risque assuré doit avoir [TRADUCTION] «commencé à avoir l'effet d'un danger» au moment où ont été prises les mesures préventives qui ont effectivement occasionné des dommages à l'assuré. Les faits de l'affaire *Kacianoff*, précitée, mettent la règle bien en relief. Il s'agissait là d'un propriétaire de navire qui s'était engagé à livrer une cargaison en Russie en passant par le Japon. La police d'assurance prévoyait la protection [TRADUCTION] «contre la capture». Après la signature de la police et avant le départ du navire de San Francisco, la guerre éclata entre la Russie et le Japon. Le propriétaire du navire décida de ne pas quitter les États-Unis et vendit la cargaison. La Cour a conclu que la perte ne résultait ni de la capture ni du danger imminent de capture puisque ce risque n'avait pas commencé à se réaliser. Lord Sumner, dans l'arrêt *Becker, Gray and Company v. London Assurance Corporation*, précité, à la p. 114, a dit:

[TRADUCTION] C'est également la raison pour laquelle sont tout autant étrangers à la question la sagesse du comportement du capitaine du *Kattenturm* et l'absurdité de prétendre qu'il ait pu faire autrement. Tant que son action était volontaire c'était son action et non celle du capitaine d'un bâtiment de guerre britannique, et la police assure contre le second, et contre le premier seulement lorsqu'il s'agit de baraterie.

Le juge Rowlatt est allé encore plus loin dans l'arrêt *Joseph Watson and Son, Limited v. Firemen's Fund Insurance Company of San Francisco*[6], quand il a dit à la p. 358:

[TRADUCTION] C'est une chose de dire, lorsqu'un danger à réellement existé, qu'il faut accepter l'opinion du capitaine, formée au moment où le péril existait, quant à l'issue de ce danger et qu'il ne faut pas lui dire: «si vous aviez tenu bon, vous auriez découvert que tout se serait bien passé,» ou quelque chose du genre. Mais c'est bien autre chose de dire qu'il faut accepter le point de vue du capitaine sur l'existence des circonstances qui auraient constitué le danger.

[6] [1922] 2 K.B. 355.

The damage there suffered by the insured arose when a cargo was sprayed by steam to extinguish a supposed fire. In fact, the cargo of "rosin" was not burning, and the "fire", which the captain set out to extinguish by a steam spray, was itself only steam escaping from a broken pipe in the hold. The Court concluded that the rule "does not touch losses incurred in a mistaken attempt to avoid a peril in fact non-existent". (at p. 359)

Although the rule may seem harsh when stated in the abstract, nonetheless it appears in distilled version in the texts, such as *MacGillivray & Parkington on Insurance Law*, (6th ed. 1975, para. 1753) and commends itself to the application of the terms of the contract undertaken by the insurer and the insured:

Damages sustained due to the voluntary act of an insured to avoid a named peril are not a consequence of that peril and are not recoverable.

Essential to an understanding of the rule and its application is the condition that before liability arises there must be an operating peril of the type or category described in the insurance contract. The danger must be present in the sense that unless something is done, damage will ensue. It may be that in the vagaries of nature, actual damage may not have yet been suffered (as in the Maine case, *supra*), but if the peril has actually arisen and damage can be reasonably anticipated from the peril (assuming it to be in the contract an enumerated risk), then damage suffered as a result of the preventive measures taken by the insured will be recoverable. (*The Knight of St. Michael, supra.*)

Returning to the circumstances in this appeal, the critical question at this stage of the proceedings is not whether or not the insured event has occurred but whether or not the damage occasioned by the insured arose by reason of preventive action taken to avoid the imminent risk covered by the contract, namely an explosion. Here the exothermic reaction had begun and had reached an irreversible stage. This, however, did not on the evidence lead inevitably to an explosion and the

Dans cette affaire-là, les dommages subis par l'assurée venaient de ce qu'une cargaison avait été arrosée de vapeur pour éteindre un présumé feu. En réalité la cargaison de «colophane» ne brûlait pas et le «feu», que le capitaine se mit à éteindre au moyen d'un jet de vapeur n'était lui-même que de la vapeur qui s'échappait d'un tuyau rompu dans la cale. La Cour a conclu que la règle [TRADUCTION] «ne s'applique pas aux pertes subies dans une tentative inopportune d'éviter un danger qui en fait n'existe pas». (à la p. 359)

Bien que la règle, exprimée dans l'abstrait, puisse sembler sévère, elle paraît néanmoins en version condensée dans la doctrine, notamment dans *MacGillivray & Parkington on Insurance Law*, (6e éd., 1975, paragraphe 1753) et son application s'impose au contrat intervenu entre l'assureur et l'assuré:

[TRADUCTION] Les dommages subis par suite d'un acte volontaire de l'assuré, accompli afin d'éviter un danger désigné, ne découlent pas de ce danger et ils n'ouvrent pas droit à indemnisation.

Cela signifie que pour qu'il y ait obligation d'indemniser, il doit y avoir un danger réel du type ou du genre prévu au contrat d'assurance. Le danger doit être présent dans le sens que si l'on ne fait rien, il s'ensuivra des dommages. Il se peut, étant donné les caprices de la nature, que l'on n'ait pas encore subi de dommages (comme dans l'affaire de l'Etat de Maine, précitée.), mais si le danger menace effectivement et qu'il y ait raisonnablement lieu de prévoir qu'il en résultera des dommages (à supposer que ce péril soit un risque énuméré dans le contrat), alors les dommages subis par suite des mesures préventives prises par l'assuré ouvriront droit à indemnisation. (*The Knight of St. Michael*, précité.)

Revenons à la situation en l'espèce. La question cruciale à ce stade-ci des procédures n'est pas de savoir si l'événement assuré s'est produit, mais plutôt si les dommages occasionnés par l'assurée l'ont été en raison de mesures préventives prises pour éviter le danger imminent, en l'occurrence une explosion, couvert par le contrat. En l'espèce, la réaction exothermique avait commencé et était devenue irréversible. Cela ne devait cependant pas, d'après la preuve, mener inévitablement à une

evidence adduced by the plaintiff falls short of a demonstration of anything approaching inevitability. In any event, all of this in these proceedings is academic because, as has already been stated, the damage suffered by the respondent was caused substantially by phenolic corrosion (an uninsured risk) by vapours escaping through the hatch and not by an explosion, even if one in fact had occurred, or by preventive measures taken by the respondent in the face of an 'operating' imminent insured risk.

Madame Justice Wilson, in the Court of Appeal, stated:

> ... in a case where the avertive steps were successful and the insured risk was in fact averted, the damage caused in the course of taking the avertive steps would not be irrecoverable because no insured risk had preceded it.

I do not take this passage to indicate that the Court is therein stating anything different from the prerequisite of an operating peril. Rather the Court is disposing of the simple situation in which damages were incurred by reason of preventive measures whether or not the actual insured peril had culminated in damages during or in addition to the damages flowing from the preventive measures. If, on the other hand, it is intended to be an expression at variance with the requirement of the presence of an operating risk as a condition precedent to the recovery of damages, I must, with respect, disagree.

The other four steps taken (nos. 2 through 5 above) by the insured to avoid the materialization of the allegedly imminent peril themselves apparently caused little or no damage to the insured. Neither the proof of loss nor letters between the parties agreeing upon the quantum of damages attribute any significant damage to any action taken by the insured to avoid the happening of an explosion. Taking the losses claimed by the insured in the proof of loss as the yardstick, it would appear that out of a total of $324,743 claimed:

a) $6,000 was incurred in pumping out water and repairing the floor of the building;

explosion et les preuves présentées par la demanderesse sont bien en deçà d'une démonstration de l'inévitabilité. De toute façon, dans ces procédures tout cela n'a qu'un intérêt théorique puisque, comme je l'ai déjà dit, les dommages subis par l'intimée ont été causés essentiellement par la corrosion due au phénol (risque non assuré) provoquée par les vapeurs qui s'échappaient par le regard, et non par une explosion, même en supposant qu'il y ait eu explosion, ou par les mesures préventives prises par l'intimée face à l'imminence d'un risque assuré «réel».

Madame le juge Wilson de la Cour d'appel a dit:

> [TRADUCTION] ... si les mesures préventives ont bien réussi et si le risque assuré a effectivement été écarté, on ne peut pas dire que les dommages causés au cours des mesures préventives n'ouvrent pas droit à indemnisation parce qu'ils n'ont pas été précédés d'un risque assuré.

A mon avis, rien dans ce passage n'indique que la Cour d'appel s'écarte du préalable d'un danger réel. La Cour statue plutôt sur la situation simple où les dommages sont le résultat de mesures préventives, peu importe que le véritable risque assuré ait entraîné des dommages pendant les mesures préventives ou par la suite. Si, par contre, le passage se veut l'expression d'une divergence sur l'exigence de la présence d'un risque réel comme condition préalable à l'indemnisation, je dois, avec égards, signaler mon désaccord.

Les quatre autres mesures (les n^{os} 2 à 5 précités) prises par l'assurée pour éviter que ne se concrétise le danger présumé imminent ne lui ont, semble-t-il, en elles-mêmes causé que peu de dommages ou pas du tout. Ni la preuve de sinistre ni la correspondance échangée entre les parties, où celles-ci sont d'accord sur le montant des dommages, n'attribue de dommages importants à quelque mesure prise par l'assurée pour parer à une explosion. Si l'on prend comme critère les pertes dont fait état l'assurée dans la preuve de sinistre, il appert que sur le total de $324,743 réclamés:

a) $6,000 ont été engagés pour évacuer l'eau et réparer le plancher du bâtiment;

b) about $100,000 was paid out to clean up smoke and corrosion damage;

c) $5,500 was paid for the repair of the storage tank;

d) $33,000 was paid to replace the contents of the tank;

e) corrosion to materials on hand and work in process cost $180,000;

f) laboratory costs incurred in connection with recovery of materials were $95,000.

Of these damages so claimed, only the $6,000 to clean up the mess related to what might be generously called explosion preventive measures, namely the pumping of water and the opening of the windows. I do not refer at the moment to the added claim of overhead expenses incurred by the insured. The actual amount of damage agreed upon by the parties (assuming liability is found) is $238,000 rather than the $324,000 in the proof of loss. In the absence of any breakdown of the agreed damages, I have assumed the allocation to the several items to be in the same proportions as in the proof of loss. The parties, prior to trial, agreed on the amount of damages to be assigned to the preventive measures if they are found to be related to an insured risk and recoverable in law. Because of the basis upon which the parties conducted the trial (as mentioned at the outset of these reasons), no allocation was made of damages claimed by the respondent to have been suffered by reason of the happening of an explosion.

The 'avertive' measures enumerated earlier included the release of steam from the cooling system and the opening of the plant windows. As no damage is shown to have arisen therefrom, nothing more need be said about these measures. We then are concerned only with the consequences, if any, in law of the insured deciding not to close the hatch so as to prevent the escape of the corrosive vapours. To do so would convert a risk of damage from that source into a risk of damage

b) environ $100,000 ont été déboursés pour réparer les dommages causés par la fumée et la corrosion;

c) on a payé $5,500 pour réparer le réservoir d'emmagasinage;

d) on a payé $33,000 pour remplacer le contenu du réservoir;

e) la corrosion des matériaux sur les lieux ainsi que des produits en voie de fabrication a coûté $180,000;

f) les frais de laboratoire engagés relativement à la récupération de matériaux se sont élevés à $95,000.

Des dommages-intérêts ainsi réclamés, seule la somme de $6,000 a rapport à ce que l'on pourrait généreusement appeler des mesures pour parer à une explosion, c'est-à-dire le pompage d'eau et l'ouverture des fenêtres. Je laisse de côté pour le moment la réclamation supplémentaire au titre des frais généraux engagés par l'assurée. Le véritable montant des dommages sur lequel les parties sont d'accord (à supposer qu'il y ait obligation d'indemniser) est de $238,000 plutôt que les $324,000 figurant dans la preuve de sinistre. A défaut d'une ventilation du montant convenu des dommages, j'ai présumé que l'attribution de ce montant aux divers postes s'est faite suivant les mêmes proportions que dans la preuve de sinistre. Avant le procès, les parties ont convenu du montant des dommages à affecter aux mesures préventives, advenant la conclusion qu'elles se rapportent à un risque assuré et qu'elles peuvent en droit donner lieu à indemnisation. A cause du fondement sur lequel les parties ont procédé en première instance (je l'ai mentionné au début de ces motifs), aucun montant n'a été affecté aux dommages que l'intimée prétend avoir subis par suite d'une explosion.

Parmi les mesures «préventives» déjà énumérées, il y a la vidange de vapeur du système de refroidissement et l'ouverture des fenêtres de l'usine. Comme rien ne démontre que ces mesures aient causé des dommages, il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Seules nous intéressent donc les conséquences juridiques, s'il y en a, de la décision de l'assurée de ne pas fermer le tampon de regard de façon à empêcher l'échappement des vapeurs corrosives. Le fermer aurait transformé un risque de

from explosion which was an insured risk. It is clear, and the respondent did not raise any argument on the issue, that the law does not countenance an insured bringing on the happening of an event so as to reclassify the damages suffered from those related to an uninsured event, as those related to an insured event. As was stated by Lord Atkin in *Beresford v. Royal Insurance Company Limited*[7] at p. 595:

> On ordinary principles of insurance law an assured cannot by his own deliberate act cause the event upon which the insurance money is payable. The insurers have not agreed to pay on that happening. The fire assured cannot recover if he intentionally burns down his house, nor the marine assured if he scuttles his ship, nor the life assured if he deliberately ends his own life. This is not the result of public policy, but of the correct construction of the contract.

Vide MacGillivray & Parkington on Insurance Law (6th ed., 1975), p. 227, para. 553. Since the insured could not claim it had opened the hatch to prevent an explosion, and since it could not now restore the hatch to its closed position to cause the explosion, the position of the hatch has no relevance to the claim under the policy by the insured for the corrosion damage.

The respondent did, however, argue that the firemen were not the agents of the insured and that therefore, their decision to leave the hatch open to avoid the hazard of explosion and indeed the imminence of explosion, should not deprive the insured respondent of the right in law to claim the damage suffered by the insured flowing directly from the third party firemen's decision to avoid the happening of an insured risk. Whether the firemen are the agents of the owner or not, the insured can be in no better position with reference to the possible closing of the hatch than if the insured respondent had itself made the decision to leave the hatch open or to close it. Since the insured could not, in law, claim any loss suffered by closing the hatch and causing an explosion, it could be in no position to claim damage which

[7] [1938] A.C. 586.

dommages dus aux vapeurs en risque de dommages découlant d'une explosion, c'est-à-dire un risque assuré. Il est évident, et l'intimée ne le conteste pas, que la loi ne permet pas qu'un assuré provoque un événement de manière à convertir des dommages reliés à un événement non assuré en des dommages reliés à un événement assuré. Pour reprendre les termes de lord Atkin dans l'arrêt *Beresford v. Royal Insurance Company Limited*[7] à la p. 595:

> [TRADUCTION] Selon les principes ordinaires du droit des assurances, un assuré ne peut par son propre acte volontaire provoquer l'événement qui donne lieu au paiement de l'indemnité. Les assureurs ne se sont pas engagés à payer en pareil cas. Celui qui est assuré contre l'incendie ne peut être indemnisé s'il met intentionnellement le feu à sa maison; il en est de même en matière d'assurance maritime si l'assuré saborde son navire ou en matière d'assurance sur la vie si l'assuré met délibérément fin à ses jours. Cela découle non pas de l'intérêt public, mais de l'interprétation exacte du contrat.

Voir *MacGillivray & Parkington on Insurance Law* (6e éd., 1975) à la p. 227, paragraphe 553. Puisque l'assurée ne peut prétendre avoir ouvert le tampon de regard pour parer à une explosion et puisqu'elle ne pouvait le refermer afin de provoquer une explosion, la position du tampon de regard n'a aucune importance en ce qui a trait à sa réclamation en vertu de la police à l'égard des dommages dus à la corrosion.

L'intimée a toutefois prétendu que les pompiers n'étaient pas ses mandataires et que, par conséquent, leur décision de laisser le tampon de regard ouvert afin d'éviter le risque, voire l'imminence, d'une explosion, ne devrait pas la priver du droit de réclamer une indemnité pour les dommages qu'elle a subis et qui sont la conséquence directe de la décision des pompiers, qui sont des tiers, de parer à la réalisation d'un risque assuré. Que les pompiers aient été ou non ses mandataires, l'assurée ne peut être dans une meilleure position relativement à l'éventuelle fermeture du tampon de regard que si elle avait elle-même pris la décision de le laisser ouvert ou de le fermer. Vu l'impossibilité en droit pour l'assurée de faire une réclamation à l'égard d'une perte résultant du fait d'avoir fermé le tampon de regard et d'avoir ainsi causé une explo-

[7] [1938] A.C. 586.

flowed from leaving the hatch open where the damage in that situation is uninsured. In any case, we do not have the situation where an explosion was caused by an independent third party closing the hatch.

The analysis of this transaction and its legal consequences must, in this Court, end where it began. It is not the role of an appellate tribunal, and certainly not of this one, to retry the factual elements of a case. Here the issue is essentially one of fact as to whether, given its ordinary meaning in the language, an explosion occurred so as to trigger the rights of the respondent under the policy of insurance. The trial judge has found that an explosion did not occur. He has also found that if there was an imminent peril of an explosion, the preventive actions did not give rise to any damage. The trial judge did not misdirect himself as to the law applicable in reaching these conclusions, and for these reasons, therefore, I would allow the appeal and restore the order of the trial judge with costs throughout to the appellants.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the defendants-respondents) appellants: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitors for the (plaintiff-appellant) respondent: Outerbridge, Thomas, Mueller & Betts, Toronto.

sion, elle ne peut non plus faire une réclamation à l'égard des dommages découlant du fait de l'avoir laissé ouvert lorsque les dommages dans un pareil cas ne sont pas assurés. Quoi qu'il en soit, il ne s'agit pas ici du cas où une explosion a été causée par une tierce partie indépendante qui a fermé le tampon de regard.

L'analyse de ce litige et de ses conséquences juridiques doit, en cette Cour, aboutir à son point de départ. Ce n'est pas le rôle d'un tribunal d'appel, et certainement pas de celui-ci, d'instruire à nouveau une cause sur les faits. En l'espèce il s'agit essentiellement d'une question de fait, savoir si on peut dire dans le langage courant qu'il s'est produit une explosion de façon à faire jouer les droits que la police d'assurance confère à l'intimée. Le juge de première instance a conclu qu'il n'y a pas eu explosion. Il a également conclu que s'il y avait danger imminent d'explosion, les mesures préventives n'ont pas occasionné de dommages. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur quant aux principes de droit à appliquer pour arriver à ces conclusions et, pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance avec dépens aux appelantes dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des (défenderesses-intimées) appelantes: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs de la (demanderesse-appelante) intimée: Outerbridge, Thomas, Mueller & Betts, Toronto.

The Director of Child Welfare, Province of Manitoba and the Adopting Parents (*Respondents*) *Appellants*;

and

Y. (*Applicant*) *Respondent.*

1981: May 12; 1981: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Infants — Adoption — Voluntary surrender — Subsequent withdrawal of consent — Statutory provision for withdrawal of voluntary surrender prior to child's placement — Consent withdrawn the day after child surrendered but not prior to the child's placement — Whether or not respondent entitled to the return of her child — The Child Welfare Act, 1974 (Man.), c. C80, s. 15(1), (2), (4), (6).

Respondent, a nineteen year old unmarried mother who had already surrendered one new-born child for adoption, voluntarily surrendered her second child on the first day that it was legally possible to do so. She had expressed the wish not to keep the child and had discussed the matter with the Director of Child Welfare. When respondent attended to sign the agreement she was informed that the child would probably be placed for adoption within the next two days. Respondent decided to revoke the surrender the next day, but was unable to communicate this decision to the Director until the following day. The agreement provided for revocation by written notice to the Director provided that it occurred prior to the day the child was placed for adoption, or within one year, whichever occurred earlier. The child was placed for adoption the day after the surrender had been signed.

This appeal was from the decision of the Manitoba Court of Appeal reversing the dismissal of the respondent's application for the issuance of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum.*

Held: The appeal should be allowed.

Respondent was not entitled to the return of her child. Subsection 15(6) had to be considered in the context of the section as a whole and in light of the intention of the Act—"to provide for the placement of an infant child in as expeditious and equitable manner as possible". The subsection did not grant an absolute right to a woman who agreed to surrender all her rights with respect to

Le Directeur de la protection de l'enfance, province du Manitoba et les futurs parents adoptifs (*Intimés*) *Appelants*;

et

Y. (*Requérante*) *Intimée.*

1981: 12 mai; 1981: 28 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Mineurs — Adoption — Cession volontaire — Révocation subséquente du consentement — Disposition législative prévoyant la révocation de la cession volontaire avant le placement de l'enfant — Consentement révoqué le lendemain de la cession de l'enfant mais non avant son placement — L'intimée a-t-elle droit à ce que son enfant lui soit rendu? — The Child Welfare Act, 1974 (Man.), chap. C80, art. 15(1), (2), (4), (6).

L'intimée, une mère célibataire âgée de dix-neuf ans qui avait déjà cédé un enfant nouveau-né en vue de l'adoption, a volontairement cédé son second enfant le premier jour où elle pouvait légalement le faire. Elle avait manifesté le désir de ne pas garder l'enfant et en avait parlé avec le Directeur du bien-être de l'enfance. Lorsque l'intimée s'est présentée pour signer la convention on l'a informée que l'enfant serait probablement placé en vue de l'adoption dans les deux prochains jours. L'intimée a décidé de révoquer la cession le lendemain, mais n'a pas pu communiquer cette décision au Directeur avant le surlendemain. La convention prévoit la révocation par avis écrit au Directeur pourvu que cela ait lieu avant le jour où l'enfant est placé en vue de l'adoption, ou dans un an, selon que l'une ou l'autre éventualité se présentera la première. L'enfant a été placé en vue de l'adoption le lendemain de la signature de la cession.

Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a infirmé le rejet de la demande de l'intimée sollicitant la délivrance d'un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum.*

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'intimée n'a pas droit à ce que son enfant lui soit rendu. Il faut considérer le par. 15(6) dans le contexte de tout l'article et en fonction de l'objet de la Loi qui est «de prévoir le placement d'un enfant en bas âge de la manière la plus expéditive et la plus équitable possible». Le paragraphe ne confère pas à une femme qui a consenti de céder tous ses droits à l'égard de son enfant

her child to have an opportunity to reconsider her decision and to withdraw the surrender. The appellant Director, by placing the child for adoption, was carrying out his duty. His doing so did not deprive the respondent of any right, for, pursuant to subs. 15(6), the right to withdraw the surrender was conditional on there having been no prior placement for adoption.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba[1], reversing a decision of Dewar C.J. to dismiss respondent's application for an order for the issuance of a writ of *habeas corpus ad subjiciendum.* Appeal allowed.

Jeffrey James Oliphant, Q.C., and *Robyn Diamond*, for the respondent, appellant, the Director of Child Welfare.

Perry W. Schulman, Q.C., and *B. A. Crane, Q.C.*, for the respondents, appellants, the Adopting Parents.

Jill Oliver and *Barbara McIsaac*, for the applicant, respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—This appeal is from a judgment of the Court of Appeal for Manitoba which reversed the decision of Chief Justice Dewar who had dismissed the application of the respondent for an order that a writ of *habeas corpus ad subjiciendum* issue for the delivery of the body of the respondent's child.

The relevant facts are stated in the reasons for judgment of the Court of Appeal, delivered by Monnin J.A., as follows:

At the times germane to this matter the applicant was an unmarried mother of nineteen years of age. At the age of sixteen she gave birth to a child who was surrendered to the proper authorities for adoption.

On September 9, 1980, she gave birth to the child in question. At that time, not wanting to keep the child, she so informed a nurse at the hospital, who notified the local office of the Director of Child Welfare.

On September 10, 1980, Mr. Malcolm Strang, a social worker in the employ of the Director of Child

[1] [1981] 3 W.W.R. 668.

un droit absolu de pouvoir se raviser et révoquer la cession. Le Directeur appelant, en plaçant l'enfant en vue de l'adoption, ne faisait qu'exercer ses fonctions. En agissant de la sorte il n'a privé l'intimée d'aucun droit, car, aux termes du par. 15(6), le droit de révoquer la cession est assujetti à la condition que l'enfant n'ait pas déjà été placé en vue de l'adoption.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], qui a infirmé une décision du juge en chef Dewar de rejeter la demande de l'intimée sollicitant la délivrance d'un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum.* Pourvoi accueilli.

Jeffrey James Oliphant, c.r., et *Robyn Diamond*, pour l'intimé, appelant le Directeur de la protection de l'enfance.

Perry W. Schulman, c.r., et *B. A. Crane, c.r.*, pour les intimés, appelants, les futurs parents adoptifs.

Jill Oliver et *Barbara McIsaac*, pour la requérante, intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a infirmé la décision du juge en chef Dewar qui avait rejeté la demande de l'intimée sollicitant la délivrance d'un bref d'*habeas corpus ad subjiciendum* à l'égard de son enfant.

Les faits pertinents sont exposés dans les motifs de la Cour d'appel, prononcés par le juge Monnin. En voici l'énoncé:

[TRADUCTION] A l'époque considérée, la requérante était une mère célibataire âgée de dix-neuf ans. A l'âge de seize ans elle avait donné naissance à un enfant qu'elle a remis aux autorités compétentes en vue de son adoption.

Le 9 septembre 1980, elle a donné naissance à l'enfant en question. Comme à ce moment-là elle ne voulait pas garder l'enfant, elle en a informé une infirmière à l'hôpital, qui l'a fait savoir au bureau local du Directeur du bien-être de l'enfance.

Le 10 septembre 1980, M. Malcolm Strang, un travailleur social employé par le Directeur du bien-être de

[1] [1981] 3 W.W.R. 668.

Welfare, visited the mother in hospital and the voluntary surrender of the child was discussed. The mother was informed that, pursuant to s. 15(2) of *The Child Welfare Act* 1970 C.C.S.M. Cap. C80, no surrender agreement can be entered into until the expiration of at least seven clear days after the birth of the child. Thus no agreement could be signed prior to September 17, 1980.

On September 16, 1980, the applicant attended at Mr. Strang's office ready and willing to sign the surrender agreement, but was reminded that she could not do so until the next day. She re-attended on September 17th, and signed the document, whereupon she was informed that the child would probably be placed for adoption on the 18th or 19th of September, 1980.

The next day, on the 18th of September, she had a change of heart and attempted to reach Mr. Strang by telephone in order to withdraw her surrender. She was unable to reach him. On Friday, the 19th of September she attended at Mr. Strang's office and indicated her desire to withdraw the surrender, but was told it was too late as the child had been placed for adoption the day before, namely September 18th. In fact the approval for placement for adoption pursuant to s. 99(3) of the *Act* was dated September 18, 1980.

The surrender agreement signed by the respondent contained the following provisions:

(1) The mother hereby surrenders guardianship of the child to the director.

(2) The director hereby accepts the guardianship of the child as a permanent ward.

(3) The mother acknowledges:

(a) that all her rights and obligations with respect to the child are hereby terminated;

(b) that if she subsequently marries, this agreement shall be deemed to have been executed by both herself and her spouse and both are equally bound hereby;

(c) that she fully understands the nature and effect of this voluntary surrender including in particular, but not limited to, the fact that the director shall now have the right to place the child for adoption;

(d) that she has been informed that she may by written notice to the director, withdraw her voluntary surrender of guardianship at any time prior to the day that the child is placed in a home by the director or a society for the purpose of adoption, or within one year from the date of this agreement, whichever is the earlier, but not thereafter, and they shall not be given notice of an application for an Order of Adoption.

l'enfance, a rendu visite à la mère à l'hôpital et ils ont parlé de la cession volontaire de l'enfant. Il a informé la mère qu'aux termes du par. 15(2) de *The Child Welfare Act*, 1970 C.C.S.M., chap. C80, aucune cession ne peut être conclue avant l'expiration d'au moins sept jours francs après la naissance de l'enfant. On ne pouvait donc pas signer de convention avant le 17 septembre 1980.

Le 16 septembre 1980, la requérante s'est présentée au bureau de M. Strang, disposée à signer la convention de cession, mais on lui a rappelé qu'elle ne pouvait le faire avant le lendemain. Elle s'y est rendue encore le 17 septembre et a signé le document, sur quoi on l'a informée que l'enfant serait probablement placé en vue de l'adoption le 18 ou 19 septembre 1980.

Le lendemain, le 18 septembre, elle s'est ravisée et a essayé de joindre M. Strang au téléphone afin de révoquer sa cession. Elle n'a pu le joindre. Le vendredi 19 septembre elle s'est présentée au bureau de M. Strang et a fait part de son désir de révoquer la cession, mais on lui a dit qu'il était trop tard, car l'enfant avait été placé en vue de l'adoption la veille, c'est-à-dire le 18 septembre. En effet, l'approbation du placement en vue de l'adoption conformément au par. 99(3) de la *Loi* est datée du 18 septembre 1980.

La cession signée par l'intimée dispose notamment:

[TRADUCTION] (1) La mère cède par les présentes la tutelle de l'enfant au directeur.

(2) Le directeur accepte par les présentes la tutelle de l'enfant à titre de pupille permanent.

(3) La mère reconnaît:

a) que tous ses droits et toutes ses obligations à l'égard de l'enfant sont par les présentes éteints;

b) que si à une date ultérieure elle se marie, la présente convention sera réputée avoir été signée tant par elle que par son époux et les liera tous deux au même titre;

c) qu'elle comprend parfaitement la nature et l'effet de la présente cession volontaire et qu'elle comprend en particulier, sans se limiter à cela, que le directeur a maintenant le droit de placer l'enfant en vue de l'adoption;

d) qu'on l'a informée qu'elle peut, par avis écrit au directeur, révoquer sa cession volontaire de tutelle à tout moment avant le jour où l'enfant est placé dans un foyer par le directeur ou une société en vue de l'adoption, ou dans l'année qui suit la date de la présente convention, selon que l'une ou l'autre éventualité se présentera la première, mais non après, et qu'ils n'auront pas été avisés d'une demande d'ordonnance d'adoption.

Chief Justice Dewar made the following finding:

I am satisfied on the material before me that the applicant fully understood the effect of the agreement when she signed it and intended the agreement to effectively dispose of her parental rights and acted of her own free will at all material times.

The relevant provisions of *The Child Welfare Act*, 1974 (Man.), c. C80, are as follows:

15(1) Notwithstanding any other section of this Act an unmarried mother may by agreement on a prescribed form, surrender guardianship of her child to the director or a society, and an agreement entered into by an unmarried mother under this section is a good and valid agreement, notwithstanding that the unmarried mother is under the age of majority.

15(2) No agreement shall be entered into under subsection (1) until the expiration of at least 7 clear days after the date of birth of the child.

. . .

15(4) Upon the surrender of the guardianship of a child to the director or a society under subsection (1) the child becomes a permanent ward of the director or the society and the rights and obligations of the parents with respect to that child are thereby terminated.

. . .

15(6) A person who has voluntarily surrendered guardianship of a child under this section may, by written notice to the director or the society, as the case may be, to whom guardianship was surrendered, withdraw his voluntary surrender of guardianship at any time prior to the day that the child is placed in a home by the director or society for the purpose of adoption, or within one year from the date of the agreement entered into pursuant to subsection (1) or (5), whichever is the earlier but not thereafter, and notwithstanding any other provision of this Act, that person shall not be given notice of an application for an order of adoption of the child.

No written notice of withdrawal of the voluntary surrender was ever given to the appellant Director pursuant to subs. 15(6).

The conclusion reached by Chief Justice Dewar is stated in the following portion of his reasons:

It is common ground that the applicant sought to withdraw the voluntary surrender on September 19th when she communicated with Mr. Strang. I overlook the fact that the communication was not a written withdrawal as required by Section 15(6). It was made however the day

Le juge en chef Dewar a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Je suis convaincu au vu des éléments que l'on m'a soumis que la requérante comprenait parfaitement l'effet de la convention quand elle l'a signée, qu'elle voulait ainsi renoncer effectivement à ses droits de parent et qu'en tout temps elle agissait de son plein gré.

Voici les dispositions pertinentes de *The Child Welfare Act*, 1974 (Man.), c. C80:

[TRADUCTION] **15(1)** Nonobstant tout autre article de la présente loi, une mère célibataire peut, par entente constatée sur la formule prescrite, céder la tutelle de son enfant au directeur ou à une société, et une entente conclue par une mère célibataire en vertu du présent article est bonne et valable, même si la mère célibataire est mineure.

15(2) Aucune entente ne doit être conclue en vertu du paragraphe (1) avant l'expiration d'au moins 7 jours francs après la date de naissance de l'enfant.

. . .

15(4) Sur cession de la tutelle d'un enfant au directeur ou à une société en vertu du paragraphe (1), l'enfant devient pupille permanent du directeur ou de la société et les droits et obligations des parents à l'égard de cet enfant sont alors éteints.

. . .

15(6) La personne qui a volontairement cédé la tutelle d'un enfant en vertu du présent article peut, par avis écrit au directeur ou à la société, selon le cas, à qui la tutelle a été cédée, révoquer sa cession volontaire de tutelle à tout moment avant le jour où l'enfant est placé dans un foyer par le directeur ou la société en vue de l'adoption, ou dans l'année qui suit la date de l'entente conclue en vertu des paragraphes (1) ou (5), selon que l'une ou l'autre éventualité se présentera la première, et, nonobstant toute autre disposition de la présente loi, cette personne ne sera pas avisée d'une demande d'ordonnance d'adoption de l'enfant.

Aucun avis écrit de révocation de la cession volontaire n'a jamais été donné au Directeur appelant conformément au par. 15(6).

La conclusion du juge en chef Dewar se trouve dans l'extrait suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] Les parties reconnaissent que la requérante a tenté de révoquer la cession volontaire le 19 septembre lorsqu'elle est entrée en communication avec M. Strang. Je ne tiens pas compte de ce qu'elle n'a pas présenté une révocation écrite comme l'exige le par.

following placement of the child and not prior to the placement and cannot be relied upon as terminating the effect Section 15(4) of the statute accords to a voluntary surrender of guardianship agreement made pursuant to Section 15(1). In summary, I am of the opinion that there was strict compliance with the provisions of the statute. The applicant effectively surrendered her parental rights on September 17th and failed to reclaim them in time to avoid the statutory effect accorded the surrender. In the absence of demonstrated abuse by the respondent director of the rights and responsibilities confirmed upon him by the statute following a voluntary surrender of guardianship to him I hold the view that the Court should not intervene and defeat a result clearly and expressly intended by the Legislature.

The reason given by Monnin J. A. in the Court of Appeal for allowing the respondent's appeal to that Court is stated in the following passage of his reasons:

The Director of Child Welfare has no power to deprive a parent of her rights under the Statute. In effect, what the Director did by his speedy action was to deprive this young mother of all her rights under s. 15(6) of the *Act*. By the Director's actions, this woman had to surrender and withdraw her surrender on the same day. And the Director made it so that the woman could not call s. 15(6) to her aid. The Legislature, having made provision for the withdrawal of a voluntary surrender, expected this right to be of some effect, and capable of being made use of. The Director, by his action, has made a sham of s. 15(6). That is where the error lies, and that is where the error must be corrected.

With respect, it is my opinion that it is erroneous to interpret subs. 15(6) of the Act as granting an absolute right to a woman who has agreed to surrender all her rights with respect to her child to have an opportunity to reconsider her decision and to withdraw the surrender. Subsection 15(6) has to be considered in the context of the section as a whole and in the light of the intention of the Act which, as the respondent concedes, was "to provide for placement of an infant child in as expeditious and equitable manner as possible".

Subsection (1) of the section enables an unmarried mother to surrender guardianship of her child.

Subsection (2) is designed to prevent a hasty decision on the part of the mother by preventing her from entering a surrender agreement until the

15(6). Sa tentative cependant venait le lendemain du placement de l'enfant et non pas avant, et elle ne peut pas à bon droit prétendre que cela met fin à l'effet que le par. 15(4) de la loi confère à une cession volontaire de tutelle conclue en application du par. 15(1). Pour résumer, je suis d'avis que l'on s'est conformé à la lettre aux dispositions de la loi. La requérante a effectivement cédé ses droits de parent le 17 septembre et ne les a pas redemandés à temps pour éviter que la cession ait son effet légal. A défaut de preuve que le directeur intimé a abusé des droits et obligations dont il est investi par la loi après qu'on lui a fait une cession volontaire de tutelle, je suis d'avis que la Cour ne doit pas intervenir pour faire échec à un effet clairement et expressément voulu par la Législature.

La raison que donne le juge Monnin pour accueillir l'appel de l'intimée à la Cour d'appel se trouve dans le passage suivant de ses motifs:

[TRADUCTION] Le Directeur du bien-être de l'enfance n'a pas le pouvoir de priver un parent des droits que lui confère cette loi. L'acte précipité du Directeur a eu pour effet réel de priver la mère de tous les droits que lui accorde le par. 15(6) de la *Loi*. En raison des actes du Directeur, cette femme devait, dans la même journée, céder la tutelle et révoquer la cession. Et le Directeur a fait en sorte que la mère ne puisse se prévaloir du par. 15(6). La Législature, ayant prévu la révocation de la cession volontaire, s'attend à ce que ce droit ait quelque effet et que l'on puisse s'en prévaloir. Le Directeur par son acte a fait du par. 15(6) un trompe-l'œil. C'est là l'erreur et c'est cette erreur qu'il faut corriger.

Avec égards, j'estime qu'il est erroné d'interpréter le par. 15(6) de la Loi de façon à lui faire conférer à une femme qui a consenti de céder tous ses droits à l'égard de son enfant un droit absolu de pouvoir se raviser et révoquer la cession. Il faut considérer le par. 15(6) dans le contexte de tout l'article et en fonction de l'objet de la Loi qui, comme le concède l'intimée, est [TRADUCTION] «de prévoir le placement d'un enfant en bas âge de la manière la plus expéditive et la plus équitable possible».

Le paragraphe (1) de l'article permet à une mère célibataire de céder la tutelle de son enfant.

Le paragraphe (2) est conçu pour prévenir une décision irréfléchie de la part de la mère en l'empêchant de conclure une entente de cession avant

expiration of seven days after the birth of the child.

Subsection (4) provides that, upon the surrender of guardianship, her rights and obligations with respect to the child are terminated.

Subsection (6) provides that, prior to the day the child is placed in a home for the purpose of adoption, the mother may, by written notice, withdraw her voluntary surrender of the child. No right to withdraw the surrender exists if the child has already been placed in a home for the purpose of adoption.

The appellant Director, by placing the child for adoption, was carrying out his duty. By so doing he did not deprive the respondent of any right. Under subs. (6) she had no right to withdraw the surrender if the child had already been placed. The Legislature made the right to withdraw surrender conditional upon there having been no prior placement for adoption.

In my opinion, the meaning of subs. (6) is clear. The attempt made by the respondent to withdraw the surrender did not occur until after the child had been placed for adoption. She could not then comply with the provisions of the subsection and so she is not entitled to the return of the child.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of Chief Justice Dewar. In accordance with the provisions contained in the order granting leave to appeal, the appellant will pay the respondent her costs in this Court. There will be no order as to costs in the Court of Appeal.

Appeal allowed.

Solicitors for the respondent, appellant the Director of Child Welfare, Province of Manitoba: Johnston, Johnston & Oliphant, Dauphin, and Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Solicitors for the respondents, appellants the Adopting Parents: Schulman & Schulman, Winnipeg.

Solicitors for the applicant, respondent: Oliver and Derksen, Winnipeg.

l'expiration de sept jours après la naissance de l'enfant.

Le paragraphe (4) prévoit que, sur cession de tutelle, les droits et obligations de la mère à l'égard de l'enfant sont éteints.

Le paragraphe (6) dispose qu'avant le jour où l'enfant est placé dans un foyer en vue de l'adoption, la mère peut, par avis écrit, révoquer sa cession volontaire de l'enfant. Il n'existe aucun droit de révoquer la cession si l'enfant a déjà été placé dans un foyer en vue de l'adoption.

Le Directeur appelant, en plaçant l'enfant en vue de l'adoption, ne faisait qu'exercer ses fonctions. En agissant de la sorte il n'a privé l'intimée d'aucun droit. Aux termes du par. (6) elle n'avait pas le droit de révoquer la cession si l'on avait déjà placé l'enfant. La Législature a assujetti le droit de révoquer la cession à la condition que l'enfant n'ait pas déjà été placé en vue de l'adoption.

A mon avis, le sens du par. (6) est clair. La tentative de l'intimée de révoquer la cession n'est venue qu'après que l'on eut placé l'enfant en vue de l'adoption. Elle ne pouvait alors se conformer aux dispositions du paragraphe et, dès lors, elle n'a pas droit à ce que l'enfant lui soit rendu.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir le jugement du juge en chef Dewar. Conformément aux dispositions contenues dans l'ordonnance pour permission d'appeler, l'appelant payera à l'intimée ses frais en cette Cour. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens en Cour d'appel.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'intimé, appelant le Directeur de la protection de l'enfance, province du Manitoba: Johnston, Johnston & Oliphant, Dauphin, et Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Procureurs des intimés, appelants les futurs parents adoptifs: Schulman & Schulman, Winnipeg.

Procureurs de la requérante, intimée: Oliver et Derksen, Winnipeg.

Klaus D. Nenn *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: November 6; 1981: May 11.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Jurisdiction of Federal Court of Appeal — Appointment by Public Service Commission — Whether opportunity for advancement prejudicially affected — "In the opinion of the Commission" — Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

The appellant, an air traffic controller, sought to have the Federal Court of Appeal review and set aside a decision of the Public Service Commission made pursuant to s. 21 of the *Public Service Employment Act*. The appellant had submitted his application for a transfer to the Villeneuve Control Tower located near Edmonton. A Selection Committee did not select him, hence his appeal to the Commission. The Commission held that the appellant's opportunity for advancement in the Public Service had not been prejudicially affected by the appointment of another candidate.

The Federal Court of Appeal dismissed the application for lack of jurisdiction.

Held: The appeal should be dismissed.

The Federal Court of Appeal did not have jurisdiction, under s. 28 of the *Federal Court Act*, to hear the present application, for, applying the criteria determined in *The Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 S.C.R. 495, (1) the use of the word "opinion" in s. 21(*b*) of the *Public Service Employment Act* indicates that the finding of the Commission which the appellant sought to attack was not a "decision or order"; (2) in any event the opinion of the Commission is of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial nature: if Parliament had intended that the prejudicial effect of the appointment upon the opportunity for advancement of the unsuccessful candidate was a matter to be considered judicially, it would have eliminated the words "in the opinion of the Commission" in s. 21(*b*) and would not have made that opinion a part of the normal administrative duties of the Commission; (3) the opinion was not made in the course of "proceedings", for the

Klaus D. Nenn *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 6 novembre; 1981: 11 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Compétence de la Cour d'appel fédérale — Nomination par la Commission de la Fonction publique — Les chances d'avancement ont-elles été amoindries? — «De l'avis de la Commission» — Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28 — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.

L'appelant, un contrôleur de la circulation aérienne, a sollicité l'examen et l'annulation par la Cour d'appel fédérale d'une décision de la Commission de la Fonction publique prise en application de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. L'appelant avait présenté une demande de mutation à la tour de contrôle de Villeneuve située près d'Edmonton. Un comité de sélection ne l'a pas choisi, d'où son appel à la Commission. La Commission a statué que les chances d'avancement de l'appelant dans la Fonction publique n'ont pas été amoindries par la nomination d'un autre candidat.

La Cour d'appel fédérale a rejeté la demande pour absence de compétence.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La Cour d'appel fédérale n'a pas compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour entendre la présente demande, car, suivant les critères établis dans l'arrêt *Le ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495, (1) l'emploi du mot «avis» à l'al. 21*b*) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* indique que la conclusion de la Commission que l'appelant essaie d'attaquer n'est pas une «décision ou ordonnance»; (2) en tout état de cause l'avis de la Commission est de nature administrative non légalement soumis à un processus judiciaire ou quasi judiciaire: si le Parlement avait voulu que l'effet préjudiciable sur les chances d'avancement du candidat non reçu fût soumis à l'examen judiciaire, il aurait retranché l'expression «de l'avis de la Commission» à l'al. 21*b*) et il n'aurait pas fait de cet avis une partie des fonctions administratives normales de la Commission; (3) il ne s'agit pas d'un avis formé à l'occasion de «procédures», car les procédures visées par l'art. 21 sont des procédures d'appel devant le

proceedings contemplated by s. 21 are the appeal proceedings before the board and the formulation of its opinion under s. 21(*b*) by the Commission is not a part of those proceedings. Even if the Federal Court of Appeal had had jurisdiction, it could not properly have set aside the opinion of the Commission: there was no failure to observe the principles of natural justice and there is no suggestion of any error of law or of erroneous finding of fact.

The Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand, [1979] 1 S.C.R. 495, referred to.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], dismissing, for lack of jurisdiction, an application to review and set aside a decision of the Public Service Commission. Appeal dismissed.

John P. Nelligan, Q.C., for the appellant.

W. L. Nisbet, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MARTLAND J.—The appellant has appealed from a judgment of the Federal Court of Appeal which dismissed, for lack of jurisdiction, an application made to that Court pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, seeking to have the Court review and set aside a decision of the Public Service Commission made pursuant to s. 21 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32.

The appellant is an air traffic controller who at all material times was employed within the Ministry of Transport as a Visual Flight Rules (hereinafter referred to as VFR) Controller. Each air traffic controller within the Ministry of Transport occupies a position classified as a certain level of the A1 Group. For VFR Controllers, this position classification is tied to the rating of their Control Tower's complexity. The higher and more complex the traffic volume or more complex the airport, the higher the Grade number of the Tower involved; the higher the number of a Controller's position classification, the higher his salary range is.

[1] [1979] 2 F.C. 778.

comité et l'avis formé par la Commission en conformité de l'al. 21*b*) ne fait pas partie de ces procédures. Même si la Cour d'appel fédérale avait compétence, elle n'aurait pu à bon droit annuler l'avis de la Commission: elle n'a pas négligé d'observer les principes de justice naturelle et rien n'indique une erreur de droit ou une conclusion de fait erronée.

Jurisprudence: *Le ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*, [1979] 1 R.C.S. 495.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a rejeté, pour absence de compétence, une demande d'examen et d'annulation d'une décision de la Commission de la Fonction publique. Pourvoi rejeté.

John P. Nelligan, c.r., pour l'appelant.

W. L. Nisbet, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MARTLAND—L'appelant se pourvoit contre un jugement de la Cour d'appel fédérale qui a rejeté, pour absence de compétence, une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, sollicitant l'examen et l'annulation par la Cour d'une décision de la Commission de la Fonction publique prise en application de l'art. 21 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32.

L'appelant est un contrôleur de la circulation aérienne qui, à l'époque, travaillait comme contrôleur de vol à vue (ci-après appelé contrôleur VFR) au sein du ministère des Transports. Chaque contrôleur de la circulation aérienne au ministère des Transports occupe un poste classifié à un certain niveau dans le groupe A1. Dans le cas des contrôleurs VFR, cette classification du poste est reliée à la cote de complexité de leur tour de contrôle. Plus la circulation aérienne est dense et plus elle présente des complications ou plus l'aéroport est complexe, plus le numéro de catégorie de la tour est élevé; plus le numéro de classification du poste d'un contrôleur est élevé, plus son échelle salariale est élevée.

[1] [1979] 2 C.F. 778.

In September 1976, the appellant submitted his application for a transfer to the Villeneuve Control Tower located near Edmonton (Alberta), which was to be opened in October 1976. The Tower was to open as a Grade 1 Tower and, therefore, the classification of the position applied for was A1-01. At the time he made his application, the appellant was classified as A1-02. A transfer to Villeneuve would, therefore, have resulted in a demotion for him.

Early in 1977, a Selection Committee was convened to select an incumbent for the position of Duty Controller, Villeneuve Control Tower (A1-01). The Committee determined that Mr. P. J. Weston was the best qualified applicant for that position. Mr. Weston accepted the A1-01 appointment at Villeneuve although prior to the transfer he had held an A1-02 position. Therefore, he was accepting a demotion.

On February 28, 1977, the appellant appealed to the Appeals Branch of the Public Service Commission ("the Commission") against the appointment of Mr. Weston to the position of Duty Controller at the Villeneuve Control Tower. The provisions of the *Public Service Employment Act* which govern appeals of this nature are contained in s. 21, which reads as follows:

21. Where a person is appointed or is about to be appointed under this Act and the selection of the person for appointment was made from within the Public Service

(*a*) by closed competition, every unsuccessful candidate, or

(*b*) without competition, every person whose opportunity for advancement, in the opinion of the Commission, has been prejudically affected,

may, within such period as the Commission prescribes, appeal against the appointment to a board established by the Commission to conduct an inquiry at which the person appealing and the deputy head concerned, or their representatives, are given an opportunity of being heard, and upon being notified of the board's decision on the inquiry the Commission shall,

(*c*) if the appointment has been made, confirm or revoke the appointment, or

(*d*) if the appointment has not been made, make or not make the appointment,

accordingly as the decision of the board requires.

En septembre 1976, l'appelant présenta une demande de mutation à la tour de contrôle de Villeneuve située près d'Edmonton (Alberta), qui devait ouvrir en octobre 1976. Comme il s'agissait d'une tour de la catégorie 1, le poste demandé tombait dans la classification A1-01. L'appelant, au moment de sa demande, était classifié au niveau A1-02. Une mutation à Villeneuve aurait donc entraîné pour lui une rétrogradation.

Vers le début de 1977, un comité de sélection fut constitué afin de choisir un titulaire pour le poste de contrôleur de service, tour de contrôle de Villeneuve (A1-01). Le comité décida que M. P.J. Weston était le candidat le mieux qualifié pour ce poste. M. Weston accepta la nomination au niveau A1-01 à Villeneuve même si, avant la mutation, il occupait un poste d'A1-02. Il accepta donc une rétrogradation.

Le 28 février 1977, l'appelant a fait appel à la Direction des appels de la Commission de la Fonction publique («la Commission») contre la nomination de M. Weston au poste de contrôleur de service à la tour de contrôle de Villeneuve. Les dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* qui régissent les appels de ce genre sont contenues dans l'art. 21, dont voici le texte:

21. Lorsque, en vertu de la présente loi, une personne est nommée ou est sur le point de l'être et qu'elle est choisie à cette fin au sein de la Fonction publique

a) à la suite d'un concours restreint, chaque candidat non reçu, ou

b) sans concours, chaque personne dont les chances d'avancement, de l'avis de la Commission, sont ainsi amoindries,

peut, dans le délai que fixe la Commission, en appeler de la nomination à un comité établi par la Commission pour faire une enquête au cours de laquelle il est donné à l'appelant et au sous-chef en cause, ou à leurs représentants, l'occasion de se faire entendre. La Commission doit, après avoir été informée de la décision du comité par suite de l'enquête,

c) si la nomination a été faite, la confirmer ou la révoquer, ou

d) si la nomination n'a pas été faite, la faire ou ne pas la faire,

selon ce que requiert la décision du comité.

In order to determine whether the appellant was entitled to appeal against this appointment, the Commission considered whether the appellant's opportunity for advancement in the Public Service had been prejudicially affected by the appointment of Mr. Weston.

Representations were made on behalf of the appellant to the Commission that the upgrading of Mr. Weston's position beyond that of the appellant's was inevitable as a result of the volume of recreational and training flying at the Edmonton Municipal Airport which was to be transferred to the airport at Villeneuve. Department of Transport management denied that this was true.

The Commission pointed out that the opinion sought from the Commission under s. 21(*b*) related to Mr. Weston's appointment to the airport at Villeneuve and not to any subsequent reclassification of that position. Mr. Weston's appointment was for the purpose of "checking out". This meant that he was considered to be suitable to train at the Villeneuve Tower to determine his suitability for appointment. The conclusion reached by the Commission was as follows:

Since

—Mr. Weston was found to be suitable to train at Villeneuve for the purpose of "checking out" at that tower,

—Mr. Weston's appointment at Villeneuve was to a position for which the maximum rate of pay did not exceed the maximum rate of pay for the position occupied by him immediately before the appointment,

—Mr. Weston's appointment was from within the normal minimum area of competition (Regional) for appointment to an A1-01 position at Villeneuve,

it is the Commission's opinion that Mr. Nenn's opportunity for advancement has not been prejudicially affected by the appointment of Mr. Weston.

Subsection (1) of s. 28 of the *Federal Court Act*, upon which the appellant founded his application, provides as follows:

28. (1) Notwithstanding section 18 or the provisions of any other Act, the Court of Appeal has jurisdiction to hear and determine an application to review and set aside a decision or order, other than a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis, made by or in the course of proceedings before a federal board, com-

Pour déterminer si l'appelant avait le droit de faire appel contre cette nomination, la Commission s'est penchée sur la question de savoir si la nomination de M. Weston avait amoindri les chances d'avancement de l'appelant dans la Fonction publique.

On a fait valoir pour le compte de l'appelant devant la Commission qu'en raison du nombre de vols récréatifs et d'entraînement à l'aéroport municipal d'Edmonton, vols destinés à être transférés à l'aéroport de Villeneuve, la classification du poste de M. Weston serait inévitablement portée à un niveau supérieur à celui de l'appelant, ce que nie l'administration du ministère des Transports.

La Commission a fait remarquer que l'avis qu'on lui demandait en vertu de l'al. 21*b*) devait porter sur la nomination de M. Weston à l'aéroport de Villeneuve et non pas sur une reclassification ultérieure de ce poste. La nomination de M. Weston était dans un but d'«évaluation». Cela veut dire qu'on l'estimait apte à suivre un entraînement à la tour de Villeneuve afin de déterminer s'il répondait aux exigences relatives à la nomination. La conclusion de la Commission est ainsi conçue:

[TRADUCTION] —Vu que M. Weston a été jugé apte à suivre un entraînement à la tour de Villeneuve dans un but d'«évaluation»,

—que le traitement maximum applicable au poste à Villeneuve auquel a été nommé M. Weston ne dépassait pas le traitement maximum applicable au poste qu'il occupait immédiatement avant la nomination,

—que M. Weston résidait dans la zone restreinte normale (régionale) où il fallait résider pour être nommé par concours à un poste d'A1-01 à Villeneuve,

la Commission est d'avis que les chances d'avancement de M. Nenn n'ont pas été amoindries par la nomination de M. Weston.

Le paragraphe 28(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, sur lequel l'appelant fonde sa demande, dispose:

28. (1) Nonobstant l'article 18 ou les dispositions de toute autre loi, la Cour d'appel a compétence pour entendre et juger une demande d'examen et d'annulation d'une décision ou ordonnance, autre qu'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire, rendue par un office, une commission ou un

mission or other tribunal, upon the ground that the board, commission or tribunal

(*a*) failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;

(*b*) erred in law in making its decision or order, whether or not the error appears on the face of the record; or

(*c*) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

The Federal Court of Appeal decided that the application should be dismissed. It was held that the "opinion" to be expressed by the Commission under s. 21(*b*) involved the making of an administrative decision and was not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis. Therefore, the Federal Court of Appeal did not have jurisdiction under s. 28 of the *Federal Court Act* to grant the application. Chief Justice Jackett, delivering the unanimous decision of the Federal Court of Appeal, said [at p. 781]:

In the case of the two classes of decision under section 21 referred to, Parliament has indicated that a decision as to the validity of a grievance is to be made on a quasi-judicial basis but has given no such indication with regard to the Commission's opinion as to whether a person's opportunity for advancement has been prejudicially affected by an appointment decision. I have, therefore, concluded that the latter class of decision is a decision of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

This Court considered the jurisdiction of the Federal Court of Appeal, as defined in s. 28, in *The Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand*[2]. Dickson J., who delivered the reasons of the Court, said at pp. 499-500:

The convoluted language of s. 28 of the *Federal Court Act* has presented many difficulties, as the cases attest, but it would seem clear that jurisdiction of the Federal Court of Appeal under that section depends upon an affirmative answer to each of four questions:

[2] [1979] 1 S.C.R. 495.

autre tribunal fédéral ou à l'occasion de procédures devant un office, une commission ou un autre tribunal fédéral, au motif que l'office, la commission ou le tribunal

a) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;

b) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier; ou

c) a fondé sa décision ou son ordonnance sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

La Cour d'appel fédérale a décidé qu'il y avait lieu de rejeter la demande, statuant que l'«avis» que doit émettre la Commission en application de l'al. 21*b*) constitue une décision administrative et n'est pas légalement soumis à un processus judiciaire ou quasi judiciaire. Par conséquent, la Cour d'appel fédérale n'a pas compétence en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* pour accéder à la demande. Le juge en chef Jackett, qui a rendu la décision unanime de la Cour d'appel fédérale, a dit [à la p. 781]:

En ce qui concerne les deux catégories susmentionnées de décisions visées à l'article 21, la loi prévoit que toute décision sur la validité d'un grief est soumise à un processus quasi judiciaire, mais elle ne prévoit pas cette condition en ce qui concerne l'avis de la Commission sur la question de savoir si les chances d'avancement d'une personne ont été amoindries par une nomination. J'en conclus qu'une décision de cette dernière catégorie est une décision de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

Cette Cour, dans l'arrêt *Le ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand*[2], a étudié la compétence de la Cour d'appel fédérale définie à l'art. 28. Le juge Dickson, qui a prononcé les motifs de la Cour, a dit aux pp. 499 et 500:

Le texte compliqué de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* a soulevé de nombreuses difficultés, comme en témoigne la jurisprudence, mais il semble clair que la Cour d'appel fédérale est compétente en vertu de cet article si l'on peut répondre affirmativement à chacune de ces quatre questions:

[2] [1979] 1 R.C.S. 495.

(1) Is that which is under attack a "decision or order" in the relevant sense?

(2) If so, does it fit outside the excluded class, i.e. is it "*other than* a decision or order of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis"?

(3) Was the decision or order made in the course of "proceedings"?

(4) Was the person or body whose decision or order is challenged a "federal board, commission or other tribunal" as broadly defined in s. 2 of the *Federal Court Act*?

Referring to question (1), it is my opinion that the use of the word "opinion" in s. 21(*b*) of the *Public Service Employment Act* indicates that what the appellant seeks to attack in this case is not a "decision or order" in the relevant sense.

With respect to question (2), even if the opinion of the Commission is considered to be a decision or order, it is of an administrative nature not required by law to be made on a judicial or quasi-judicial basis.

Parliament when it enacted s. 21 made provision for a special kind of appeal which would enable unsuccessful candidates for appointment to a position in the Public Service to appeal against the appointment of the successful candidate whose appointment was made from within the Public Service. Under para. (*a*), if the appointment is made following a "closed competition", *i.e.* a competition open only to members of the Public Service, every unsuccessful candidate for the appointment has a right to appeal. If, however, the appointment is made without competition, under para. (*b*), an unsuccessful candidate can only appeal if the Commission is of the opinion that his opportunity for advancement in the Public Service has been prejudicially affected as a result of the appointment.

Appeals under s. 21 are made to a board established by the Commission to conduct an inquiry. If Parliament had intended that the prejudicial effect of the appointment upon the opportunity for advancement of the unsuccessful candidate was a

(1) Est-ce que l'objet de la contestation est une «décision ou ordonnance» au sens pertinent?

(2) Si c'est le cas, tombe-t-elle à l'extérieur de la catégorie exclue, c'est-à-dire s'agit-il d'une décision ou d'une ordonnance «*autre qu*'une décision ou ordonnance de nature administrative qui n'est pas légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire»?

(3) La décision ou ordonnance a-t-elle été rendue à l'occasion de «procédures»?

(4) L'organisme, ou la personne, dont la décision ou ordonnance est contestée est-il un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*?

Pour ce qui est de la question (1), j'estime que l'emploi du mot «avis» à l'al. 21*b*) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* indique que ce que l'appelant essaie d'attaquer en l'espèce n'est pas une «décision ou ordonnance» au sens pertinent.

Quant à la question (2), même si l'avis de la Commission est considéré comme une décision ou ordonnance, c'en est une de nature administrative non légalement soumise à un processus judiciaire ou quasi judiciaire.

En adoptant l'art. 21, le Parlement a prévu un type spécial d'appel qui permet aux candidats non reçus pour nomination à un poste dans la Fonction publique d'en appeler de la nomination du candidat reçu qui est déjà membre de la Fonction publique. Aux termes de l'al. *a*), si la nomination est faite à la suite d'un «concours restreint», c.-à-d. un concours ouvert uniquement aux membres de la Fonction publique, chaque candidat non reçu pour nomination au poste a le droit d'en appeler. Si toutefois la nomination est faite sans concours, aux termes de l'al. *b*) le candidat non reçu ne peut interjeter appel que si la Commission est d'avis que ses chances d'avancement dans la Fonction publique ont été amoindries par suite de la nomination.

Un comité établi par la Commission pour faire une enquête est saisi des appels fondés sur l'art. 21. Si le Parlement avait voulu que l'effet préjudiciable sur les chances d'avancement du candidat non reçu fût soumis à l'examen judiciaire, il aurait

matter to be considered judicially, it would have eliminated from para. (*b*) the words "in the opinion of the Commission". The matter would then have had to be determined by the board of inquiry in connection with the appeal. Parliament did not follow that course. It chose to limit the right of appeal of unsuccessful candidates where an appointment is made without competition to those candidates whose opportunity for advancement had "in the opinion of the Commission" been prejudicially affected.

The role of the Commission in respect of appointments to the Public Service shows that the opinion at issue is a part of its normal administrative duties. Section 8 of the *Public Service Employment Act* provides that the Commission has the "exclusive right and authority to make appointments to or from within the Public Service". Section 10 provides that appointments made to or from within the Public Service shall be on the basis of merit. Section 11 of the Act provides that appointments shall be made from within the Public Service, "except where, in the opinion of the Commission, it is not in the best interests of the Public Service to do so". Section 12 provides that the Commission may, in determining the basis of assessment of merit, prescribe selection standards as to education, knowledge, experience, language, etc., or any other matters that, in the opinion of the Commission, are necessary or desirable having regard to the nature of the duties to be performed. (Emphasis added.)

Because the Commission makes the appointments to and from within the Public Service, it possesses the expertise to formulate an opinion as to whether the opportunity for advancement in the Public Service of an unsuccessful candidate has been prejudicially affected by the making of the appointment. Furthermore, the two other sections referred to above where the Commission is required to reach an "opinion" are clearly matters

retranché de l'al. *b*) l'expression «de l'avis de la Commission». Il aurait alors échu au comité d'enquête de statuer sur la question dans le cadre de l'appel. Mais ce n'est pas ce qu'a fait le Parlement. Il a choisi plutôt de limiter le droit d'appel des candidats non reçus, dans les cas où une nomination est faite sans concours, à ceux dont les chances d'avancement ont «de l'avis de la Commission» été amoindries.

Il se dégage du rôle joué par la Commission en matière de nominations à des postes de la Fonction publique que l'avis attaqué relève de ses fonctions administratives ordinaires. L'article 8 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* dispose que la Commission possède «de façon exclusive le droit et l'autorité de nommer à des postes de la Fonction publique des personnes qui sont déjà membres de la Fonction publique ou qui n'en font pas partie». L'article 10 prévoit que les nominations à des postes de la Fonction publique, faites parmi des personnes qui en sont déjà membres ou des personnes qui n'en font pas partie, doivent être faites selon le mérite. Aux termes de l'art. 11 de la Loi, les nominations doivent se faire parmi les employés de la Fonction publique, «sauf les cas où la Commission juge que cette façon de procéder n'est pas la mieux adaptée aux intérêts de la Fonction publique». L'article 12 dispose que la Commission peut, en déterminant le principe de l'évaluation du mérite, prescrire des normes de sélection visant l'instruction, les connaissances, l'expérience, la langue, etc., ou toute autre question que la Commission juge nécessaire ou souhaitable, compte tenu de la nature des fonctions à accomplir. (C'est moi qui souligne.)

La Commission, puisqu'elle nomme à des postes de la Fonction publique des personnes qui en sont déjà membres ou qui n'en font pas partie, possède les connaissances pour exprimer une opinion sur la question de savoir si les chances d'avancement dans la Fonction publique d'un candidat non reçu ont été amoindries par la nomination. De plus, dans le cas des deux autres articles susmentionnés qui obligent la Commission à exprimer un avis, il

not reviewable by s. 28 proceedings.

Paragraph (*b*) of s. 21 requires the Commission to perform the administrative task of screening possible appellants under that paragraph by forming its own opinion as to whether their opportunity for advancement has been prejudicially affected. If the submission of the appellant is correct, appeals falling within para. (*b*) would involve a two stage judicial procedure performed by two separate bodies. The Commission would have to make a judicial determination as to whether the unsuccessful candidate was qualified to appeal which would be subject to review by the Federal Court of Appeal under s. 28. If the appeal proceeded, the board would then decide it, again subject to review by the Federal Court of Appeal. I agree with the view of the Federal Court of Appeal that this was not Parliament's intention.

Referring to question (3) stated by Dickson J., I do not regard the formulation of its opinion by the Commission under s. 21(*b*) as being a decision or order made in the course of "proceedings". The proceedings contemplated by s. 21 are the appeal proceedings before the board. The formulation of its opinion under s. 21(*b*) by the Commission is not a part of those proceedings, but is a preliminary step required in s. 21(*b*) cases prior to the appeal proceedings ever commencing.

In my opinion the first three of the four questions posed by Dickson J. should be answered in the negative and accordingly the Federal Court of Appeal was correct in holding that it did not have jurisdiction under s. 28 in the circumstances of this case.

Even if the Federal Court of Appeal had determined that it had jurisdiction to deal with the appellant's application, in my opinion it could not properly have set aside the opinion of the Commission. The grounds upon which that can be done are limited in s. 28 to those matters set forth in paras. (*a*), (*b*) and (*c*):

ne s'agit manifestement pas de questions susceptibles d'examen dans le cadre de procédures fondées sur l'art. 28.

L'alinéa 21*b*) exige que la Commission accomplisse la tâche administrative de trier les personnes qui pourront éventuellement interjeter appel en vertu de cet alinéa en formant son propre avis sur la question de savoir si leurs chances d'avancement ont été amoindries. Si la prétention de l'appelant était bien fondée, les appels auxquels s'applique l'al. *b*) seraient soumis à une procédure judiciaire en deux étapes devant deux organismes distincts. La Commission aurait à faire une détermination judiciaire sur la question de savoir si le candidat non reçu avait le droit d'en appeler, laquelle détermination serait soumise à l'examen de la Cour d'appel fédérale conformément à l'art. 28. Si l'appel allait plus loin, le comité aurait alors à statuer, mais là encore sa décision serait soumise à l'examen de la Cour d'appel fédérale. Je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale que ce n'est pas là l'intention du Parlement.

Pour ce qui est de la troisième question énoncée par le juge Dickson, je ne considère pas comme une décision ou ordonnance rendue à l'occasion de «procédures» l'avis formé par la Commission conformément à l'al. 21*b*). Les procédures visées par l'art. 21 sont les procédures d'appel devant le comité. L'avis formé par la Commission en conformité de l'al. 21*b*) ne fait pas partie de ces procédures, mais constitue une étape préliminaire obligatoire, dans les cas qui relèvent de l'al. 21*b*), par laquelle il faut passer avant même que les procédures d'appel soient engagées.

A mon avis, il faut répondre par la négative aux trois premières des quatre questions posées par le juge Dickson et c'est donc à raison que la Cour d'appel fédérale a jugé que, compte tenu des circonstances en l'espèce, elle n'a pas compétence en vertu de l'art. 28.

Même si la Cour d'appel fédérale avait décidé qu'elle a compétence pour statuer sur la demande de l'appelant, j'estime qu'elle n'aurait pu à bon droit annuler l'avis de la Commission. Les motifs pour ce faire sont limités par l'art. 28 à ceux énoncés aux al. *a*), *b*) et *c*):

(*a*) Natural Justice

There was no failure on the part of the Commission to observe the principles of natural justice. The Commission heard and considered the representations made on behalf of the appellant. The Commission did not act beyond or refuse to exercise its jurisdiction.

(*b*) Error of Law

There is no suggestion of any error of law on the part of the Commission in formulating its opinion.

(*c*) Erroneous Finding of Fact

There is no suggestion that the opinion of the Commission was formulated on any erroneous finding of fact made in a perverse or capricious manner or without regard to the material before it.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Nelligan and Power, Ottawa.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

a) Justice naturelle

La Commission n'a pas négligé d'observer les principes de justice naturelle. La Commission a entendu et pris en considération les arguments avancés pour le compte de l'appelant. Elle n'a ni excédé ni refusé d'exercer sa compétence.

b) Erreur de droit

Rien n'indique que la Commission a commis une erreur de droit dans la formulation de son avis.

c) Conclusion de fait erronée

Rien n'indique que la Commission a fondé son avis sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Nelligan et Power, Ottawa.

Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.

Robert Rothman *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent.*

1980: May 5; 1981: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Admissibility of confession — Whether disguised police officer a "person in authority" — Whether confession voluntary — Voir dire.

The appellant was charged with possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. The issue before the Court concerns the admissibility of a confession which the Crown sought to put in evidence at trial. The appellant was arrested, given a police warning and prior to being lodged in a cell, was asked if he would give a statement, and he declined to do so. Hours later, a constable acting in an undercover capacity was placed in the same cell in order to obtain information from the appellant. He did not identify himself as a police officer and the appellant did not appear to recognize him as such. The officer told the appellant he was a truck driver, detained for a traffic violation. During a conversation the appellant made a statement to the officer which the Crown attempted to introduce in evidence.

After a *voir dire*, the trial judge ruled that in the circumstances the undercover policeman was a "person in authority", that the statement had been improperly elicited, and was therefore inadmissible.

A majority of the Court of Appeal disagreed with the trial judge and ordered a new trial.

Held (Laskin C.J. and Estey J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: This case should be decided in the context of the special rules which have evolved in respect of evidence which has been obtained by way of a confession. The principle applicable is that no statement made by an accused person to a person in authority is admissible in evidence against him unless it is shown by the prosecution to have been a voluntary statement in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

Robert Rothman *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée.*

1980: 5 mai; 1981: 2 mars.

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

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

Droit criminel — Recevabilité d'une confession — Un policier déguisé est-il une «personne ayant autorité»? — La confession est-elle volontaire? — Voir dire.

L'appelant a été accusé de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. La question en litige porte sur la recevabilité d'une confession que la poursuite a cherché à mettre en preuve au procès. L'appelant a été mis en état d'arrestation, a reçu une mise en garde et avant d'être envoyé en cellule, on lui a demandé s'il voulait faire une déclaration, ce qu'il a refusé de faire. Quelques heures plus tard, un policier agissant en qualité d'agent double a été placé dans la même cellule en vue d'obtenir des renseignements de l'appelant. Il ne s'est pas identifié comme agent de police et l'appelant ne paraît pas l'avoir considéré comme tel. Le policier a dit à l'appelant qu'il était un conducteur de camion et qu'il était en prison à cause d'une contravention aux règles de la circulation. Au cours de la conversation, l'appelant a fait au policier une déclaration que la poursuite a tenté de produire en preuve.

Après un voir dire, le juge du procès a statué que compte tenu des circonstances, l'agent double était une «personne ayant autorité», que la déclaration a été incorrectement obtenue et qu'elle était irrecevable.

La Cour d'appel à la majorité a infirmé la décision du juge du procès et a ordonné un nouveau procès.

Arrêt (Le juge en chef Laskin et le juge Estey sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard: Il faut trancher la présente affaire dans le contexte des règles spéciales qui se sont élaborées relativement à la preuve obtenue au moyen d'une confession. Le principe applicable est qu'aucune déclaration faite par un accusé à une personne ayant autorité n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c.-à-d. qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité.

The first issue is whether the constable was a "person in authority". Both parties agreed that the test to be applied is a subjective test, *i.e.* did the appellant, when he made his statement, believe that the constable was a person in authority. There is no evidence whatever that the appellant believed the constable to be a person in authority. The confession is therefore in the same position as if it had been made to someone other than a police officer and it was an error of law to refuse to receive it. The privilege against self incrimination is not relevant in the circumstances of this case, for there was no attempt by anyone to compel the appellant to make the disclosure which he did make.

The second issue is whether the confession, even on the assumption that the constable was a person in authority, was voluntary. Confessions can be excluded, although there had been no fear of prejudice or hope of advantage held out by a person in authority, where there exists a reasonable doubt as to whether the confession in question was "the utterance of an operating mind". There is no allegation here that the mind of the accused was affected by the actions of the police officer. His statement was made freely and it was volunteered by him.

Per Lamer J.: The confession rule is predicated upon a rule of law and one of prudence: the right for an accused not to be compelled as a witness at his trial, and the protection of the criminal justice system.

The rules regarding the admissibility of statements by an accused to persons in authority may be enunciated in the following manner:

1. A statement is inadmissible unless the judge is satisfied beyond a reasonable doubt that nothing said or done by any person in authority could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue;

2. A statement, though elicited under circumstances which would not render it inadmissible, shall nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute.

That second portion of the rule is not a true discretion. There first must be a clear connection between the obtaining of the statement and the conduct; furthermore that conduct must be so shocking as to justify the judicial branch of the criminal justice system in feeling that, short of disassociating itself from such conduct through rejection of the statement, its reputation and, as a result, that of the whole criminal justice system, would be brought into disrepute. The authorities, in dealing with shrewd and often sophisticated criminals, must

Il faut d'abord décider si le policier était une «personne ayant autorité». Les deux parties ont reconnu qu'il faut appliquer un critère subjectif, savoir, lorsqu'il a fait sa déclaration, l'appelant croyait-il que le policier était une personne ayant autorité? Absolument aucune preuve n'indique que l'appelant croyait que le policier était une personne ayant autorité. Il s'agit donc d'une confession comme celle qui aurait été faite à une personne autre qu'un agent de police et c'était une erreur de la déclarer irrecevable. Le privilège contre l'auto-incrimination ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce puisque nul n'a tenté de contraindre l'appelant à faire une divulgation.

La seconde question est de savoir si la confession était volontaire même en prenant pour acquis que le policier était une personne ayant autorité. Les confessions peuvent être irrecevables, malgré l'absence de la crainte d'un préjudice ou de l'espoir d'un avantage promis par une personne ayant autorité, en raison d'un doute raisonnable quant à savoir si la confession en question était «les propos d'un esprit totalement conscient». On ne prétend pas que l'esprit de l'accusé ait été troublé par le comportement de l'agent de police. Sa déclaration a été faite librement et volontairement.

Le juge Lamer: La règle de la confession découle d'une règle de droit et d'une règle de prudence: le droit pour l'accusé de ne pas être contraint à témoigner à son procès, et la protection du système de justice pénale.

Les règles concernant la recevabilité des déclarations que fait un accusé à des personnes ayant autorité peuvent être énoncées de la façon suivante:

1. Une déclaration est irrecevable à moins que le juge soit convaincu hors de tout doute raisonnable qu'aucune personne ayant autorité n'a fait ou dit quoi que ce soit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui soit ou puisse être fausse;

2. Une déclaration, même si elle a été obtenue dans des circonstances qui ne la rendent pas irrecevable, doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne ayant autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice.

La seconde partie de la règle ne confère pas un véritable pouvoir discrétionnaire. Il doit y avoir d'abord un lien étroit entre l'obtention de la déclaration et la conduite; en outre, cette conduite doit être si indigne que la magistrature qui administre la justice pénale soit justifiée de croire que, à moins de se dissocier de cette conduite en rejetant la déclaration, sa réputation et, par conséquent, celle de tout le système judiciaire, sera ternie. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et

sometimes for necessity resort to tricks or other means of deceit and should not through the rule be hampered in their work. What should be repressed vigorously is conduct on their part that shocks the community. But pretending, as in this case, to be a truck driver to secure the conviction of a trafficker would not shock the community.

Per Laskin C.J. and Estey J., *dissenting*: The basic reason for the exclusionary confession rule is a concern for the integrity of the criminal justice system. The support and respect of the community for that system can only be maintained if persons in authority conduct themselves in a way that does not bring the administration of justice into disrepute. In the realm of confessions, this standard of conduct is reflected in the requirement that an accused's statement be given "voluntarily".

Where the speaker has, as here, already refused to give a statement to the authorities, the test of voluntariness must include an appreciation of the circumstances in which the statement is made, including an awareness that his statement is being "volunteered" to a person in authority. To apply the rule otherwise in a case such as this one would not merely permit but would encourage the deliberate circumvention by the authority of the accused's announced exercise of his right not to give a statement to the authorities. Here the accused had taken the position he did not wish to give a statement to the police. The police then, by a ruse, subverted that wish and thus the accused made his statement after he thought he had established that he was not, in fact, talking to a person in authority. Such a determined subversion by the police of an expressed right to refuse to make any statement brings the administration of justice into disrepute. Accordingly, such a statement given in these circumstances cannot get over the hurdle of the exclusionary rule.

[*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *R. v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, revising [1956] O.R. 696; *Marcoux and Solomon v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 763; *Piché v. The Queen*, [1971] S.C.R. 23; *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Nagotcha v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 714; *Alward and Mooney v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 559; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario[1], allowing the appeal by the

[1] (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

d'autres formes de supercherie et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité. Mais se prétendre, comme en l'espèce, conducteur de camion pour obtenir la condamnation d'un trafiquant ne choquerait pas la collectivité.

Le juge en chef Laskin et le juge Estey, *dissidents*: La préoccupation à l'égard de l'intégrité du système de justice pénale est la raison fondamentale de la règle de l'exclusion des confessions. L'appui et le respect de la collectivité à l'égard de ce système ne peut se conserver que si les personnes ayant autorité se conduisent de façon à ne pas ternir l'image de la justice. Dans le domaine des confessions, cette norme de conduite se manifeste dans l'exigence que la déclaration de l'accusé soit faite «volontairement».

Lorsque la personne qui fait une déclaration a déjà, comme en l'espèce, refusé de faire une déclaration aux autorités, l'examen du caractère volontaire doit comprendre une appréciation des conditions dans lesquelles la déclaration est faite, y compris une conscience que sa déclaration est offerte «spontanément» à une personne ayant autorité. Appliquer la règle d'une autre façon, dans un cas comme celui en l'espèce, ne permettrait pas simplement à l'autorité de se soustraire intentionnellement à l'exercice, que l'accusé a exprimé, de son droit de ne faire aucune déclaration à l'autorité, mais encouragerait l'autorité à le faire. Ici, l'accusé avait pris la position suivant laquelle il ne voulait pas faire de déclaration à la police. Au moyen d'une ruse, la police a alors contrecarré son désir et ainsi l'accusé a fait sa déclaration après qu'il eut cru s'être assuré qu'il ne parlait pas, en fait, à une personne ayant autorité. Ce renversement volontaire, par la police, du droit formel de refuser de faire une déclaration ternit l'image de la justice. Par conséquent, une déclaration faite dans ces conditions ne peut surmonter l'obstacle de la règle d'exclusion.

[*Ibrahim v. The King*, [1914] A.C. 599; *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262; *R. c. Fitton*,]1956] R.C.S. 958, infirmant [1956] O.R. 696; *Marcoux et Solomon c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 763; *Piché c. La Reine*, [1971] R.C.S. 23; *Ward c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Nagotcha c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 714; *Alward et Mooney c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 559; *R. v. McLeod* (1968), 5 C.R.N.S. 101.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], qui a accueilli l'appel, par la

[1] (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

Crown from an acquittal and ordering a new trial. Appeal dismissed, Laskin C.J. and Estey J. dissenting.

Scott T. Milloy, for the appellant.

E. G. Ewaschuk, Q.C., and *J. A. Pethes*, for the respondent.

The reasons of Laskin C.J. and Estey J. were delivered by

ESTEY J. (*dissenting*)—I have had the benefit of reading judgments proposed by my colleagues Martland and Lamer JJ. but for reasons which I will attempt to set out shortly, I have, with respect, reached the opposite conclusion and therefore I would propose that the appeal be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the acquittal in the trial court restored. The facts having been set out by my colleagues, I can largely confine my remarks to an explanation of how I have reached the conclusion I propose.

This appeal raises a question as to the admissibility of a statement made by an accused to a person in authority. The statement was obtained in circumstances outlined in the statement of facts in the appellant's factum to which the respondent agreed:

> 3. The Respondent [accused] was given a police warning and was then conveyed to the Ottawa City Police Station at 60 Waller Street along with Bonner and Hrehoriak. Prior to being lodged in a cell, Constable Gervais asked the Respondent if he was willing to give a statement but he declined to do so. The Respondent was later removed from the cell, charged with possession of hashish for the purposes of trafficking and returned to the same cell.

On the next day the police obtained a statement and again the circumstances in which it was obtained are described in the appellant's statement of facts, accepted by the respondent:

> 4. On November 10, 1976 at approximately 1:00 a.m., Constable McKnight, a member of the Ottawa City Police Force acting in an undercover capacity, was placed in an 8′ x 8′ cell at the Ottawa City Police Station occupied by the Respondent alone. Constable McKnight was placed in the cell on the instructions of Constable Gervais, the investigating officer, in order to obtain information from the Respondent concern-

poursuite, d'un verdict d'acquittement et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge en chef Laskin et le juge Estey étant dissidents.

Scott T. Milloy, pour l'appelant.

E. G. Ewaschuk, c.r., et *J. A. Pethes*, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Laskin et du juge Estey rendus par

LE JUGE ESTEY (*dissident*)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'ont préparés mes collègues les juges Martland et Lamer, mais pour des motifs que je vais tenter d'exposer brièvement, je suis arrivé, avec égards, à une conclusion différente et je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'acquittement ordonné au procès. Mes collègues ayant exposé les faits, je puis me limiter en grande partie à expliquer les motifs de la conclusion que je propose.

Ce pourvoi soulève la question de la recevabilité d'une déclaration qu'a faite un accusé à une personne ayant autorité. La déclaration a été obtenue dans les circonstances décrites à l'exposé des faits du mémoire de l'appelant, auquel l'intimée souscrit:

> [TRADUCTION] 3. L'intimé [accusé] a reçu une mise en garde puis a été amené, avec Bonner et Hrehoriak au poste de la police municipale d'Ottawa au 60, rue Waller. Avant de l'envoyer en cellule, l'agent Gervais a demandé à l'intimé s'il désirait faire une déclaration, mais ce dernier a refusé. Plus tard l'intimé a été amené hors de sa cellule, inculpé de possession de hachisch pour en faire le trafic et renvoyé à la même cellule.

Le lendemain, la police a obtenu une déclaration, et les circonstances dans lesquelles elle a été obtenue sont décrites à l'exposé des faits par l'appelant, auquel l'intimée a souscrit:

> [TRADUCTION] 4. Le 10 novembre 1976, vers 1 h 00, l'agent McKnight de la police municipale d'Ottawa, agissant en qualité d'agent double, a été placé dans une cellule de huit pieds sur huit pieds, occupée par l'intimé seul, au poste de la police municipale d'Ottawa. L'agent McKnight a été placé dans la cellule conformément aux directives de l'agent Gervais, l'agent enquêteur, afin d'obtenir des détails de l'in-

ing the charge against him. ... At that time, Constable McKnight was unarmed, wore blue jeans, a blue jacket and brown boots, and had a four or five day growth of beard.

5. Upon entering the cell, the Respondent spoke first to Constable McKnight by saying that Constable McKnight "looked like a nark". Constable McKnight just laughed and the Respondent continued that he looked like a nark because of the way he was dressed. Constable McKnight explained that he was dressed like that because he had been fishing. The Respondent then asked Constable McKnight why he was in jail and he replied that it was because of a traffic ticket. ... During the conversation, Constable McKnight informed the Respondent that he was a truck driver from the Pembroke area and had been fishing so the Respondent would have the impression that he was not a nark and that he did not know much about drugs. Constable McKnight indicated that people in the Pembroke area were interested in drugs and that he would be interested in getting drugs; however, no deal was set up. The Respondent asked Constable McKnight when he would be getting out and he replied that a buddy would be coming down to pay the fine....

Therefore, it is not in dispute that the accused was unaware that he was speaking to an undercover policeman and that the policeman had deceived the accused by making false statements concerning his identity, including a denial that he was a police officer. In the result, the statement was given by the accused after his arrest, and after he had been given a warning by the police and had refused to give any statement to the police. In the face of this express election in the presence of a uniformed policeman by the accused to remain silent, the police then employed a trick and lies to obtain the statement now in issue. There is no question that when the accused announced his unwillingness to give a statement, he was aware that he was communicating his decision to remain silent to a person in authority, namely a police officer. The question is, therefore, whether or not a statement obtained thereafter by the police from the accused in these circumstances is admissible within the confession rules.

The terms "confession" and "admission" have caused considerable confusion in the law of evidence and in the criminal law generally for the

timé concernant l'inculpation contre lui. ... A ce moment-là, l'agent McKnight n'était pas armé; il portait un blue-jean, une veste bleue et des bottes brunes et avait une barbe de quatre à cinq jours.

5. L'intimé s'est adressé à l'agent McKnight dès son entrée dans la cellule en disant que ce dernier «ressemblait à un mouchard». L'agent McKnight a ri et l'intimé a ajouté qu'il ressemblait à un mouchard en raison de son habillement. L'agent McKnight a expliqué qu'il était habillé ainsi parce qu'il était allé pêcher. L'intimé a alors demandé à l'agent McKnight pourquoi il était en prison et ce dernier a répondu que c'était à cause d'une contravention aux règles de la circulation. ... Au cours de la conversation, l'agent McKnight a informé l'intimé qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était allé à la pêche de sorte que l'intimé ait l'impression qu'il n'était pas un mouchard et qu'il ne s'y connaissait pas vraiment en stupéfiants. L'agent McKnight a fait observer que des gens de la région de Pembroke s'intéressaient aux stupéfiants et qu'il aimerait en obtenir; toutefois, aucun marché n'a été conclu. L'intimé a demandé à l'agent McKnight quand il serait libéré et il a répondu qu'un copain viendrait payer l'amende....

Par conséquent, on ne conteste pas que l'accusé ne savait pas qu'il parlait à un agent double, et que le policier l'a trompé en faisant une fausse déclaration quant à son identité et en niant être un policier. En conséquence, l'accusé a fait une déclaration après son arrestation, et après avoir reçu une mise en garde de la police et avoir refusé de faire une déclaration à la police. Devant ce choix formel de l'accusé, en présence d'un policier en uniforme, de garder le silence, la police a employé la supercherie et le mensonge pour obtenir la déclaration maintenant en litige. Il est évident que lorsque l'accusé a annoncé son refus de faire une déclaration, il savait qu'il faisait part de sa décision de garder le silence à une personne ayant autorité, soit à un policier. La question est donc de savoir si une déclaration que la police a obtenue par la suite de l'accusé, dans les circonstances, est recevable suivant les règles de la confession.

Les termes «confession» et «aveu» ont semé une grande confusion en droit de la preuve et en droit pénal en général depuis deux siècles. Nous n'avons

past two centuries. We have not consistently defined "a confession" in precise terms nor has it been related to the other term "an admission". Indeed the words are sometimes used interchangeably. Sometimes it would appear that a confession is but one species of an admission. Wigmore says that in earlier times a confession was:

> ... an acknowledgement in express words by the accused in a criminal case of the truth of the guilty fact charged or some essential part of it.

3 Wigmore, *Evidence* (1970), paragraph 821.

An admission is by that learned author defined as a statement "made out of court by a party-opponent": 4 Wigmore, *supra*, paragraph 1048. Some authors in earlier times went further and used "confession" to describe a statement which admits the guilt of the accused completely as charged and opined that anything short of that is included in the term "admission". This of course led to considerable confusion as to the application of the strict admissibility rules as they developed for confessions. In those times a distinction was made in defining a confession between exculpatory and inculpatory statements. For our purposes this distinction came to an end in the statement of Hall J. in *Piché v. The Queen*[2] at p. 36:

> In my view the time is opportune for this Court to say that the admission in evidence of all statements made by an accused to persons in authority, whether inculpatory or exculpatory, is governed by the same rule and thus put to an end the continuing controversy and necessary evaluation by trial judges of every such statement which the Crown proposes to use in chief or on cross-examination as either being inculpatory or exculpatory.

The distinction between these terms, "confession" and "admission", was also discussed in *Commissioners of Customs and Excise v. Harz et al.*[3] where Lord Reid, at pp. 817-8 stated:

> Then it was argued that there is a difference between confessions and admissions which fall short of a full confession. A difference of that kind appears to be recognised in some other countries. In India and Ceylon

[2] [1971] S.C.R. 23.
[3] [1967] 1 A.C. 760 (H.L.).

pas toujours défini «une confession» en termes précis, ni établi le rapport entre ce terme et l'autre terme «aveu». De fait, on emploie parfois ces mots indifféremment l'un pour l'autre. Une confession paraît parfois n'être qu'une sorte d'aveu. Wigmore affirme qu'une confession était autrefois:

> [TRADUCTION] ... une reconnaissance en termes formels, par l'inculpé dans une affaire criminelle, de l'exactitude du fait coupable reproché ou d'une partie essentielle de celui-ci.

3 Wigmore, *Evidence* (1970), paragraphe 821.

Selon ce savant auteur, un aveu se définit comme une déclaration [TRADUCTION] «faite hors de cour par une partie opposée»: 4 Wigmore, précité, paragraphe 1048. Quelques auteurs anciens sont allés plus loin et ont employé le mot «confession» pour décrire une déclaration qui admet la culpabilité absolue de l'accusé, et ont émis l'avis que le terme «aveu» comprend tout ce qui est en deçà. Bien sûr, cela a mené à une grande confusion quant à l'application des règles strictes de recevabilité qui s'établissaient pour les confessions. La définition d'une confession faisait alors une distinction entre les déclarations justificatives et les déclarations incriminantes. Pour nous, cette distinction a pris fin avec la déclaration du juge Hall dans l'arrêt *Piché c. La Reine*[2] à la p. 36:

> A mon avis, c'est l'occasion propice pour cette Cour de dire que la recevabilité, à titre de preuve, de toutes les déclarations d'un inculpé à des personnes ayant autorité, que ces déclarations soient incriminantes ou justificatives, est soumise à la même règle, et de mettre fin de la sorte à une controverse continuelle et à l'obligation pour les juges de première instance de déterminer si chacune des déclarations que le ministère public veut utiliser, soit lors de l'interrogatoire, soit lors du contre-interrogatoire, est incriminante ou justificative.

La distinction entre ces termes, «confession» et «aveu», a aussi été examinée dans *Commissioners of Customs and Excise v. Harz et al.*[3], dans laquelle lord Reid dit, aux pp. 817 et 818:

> [TRADUCTION] On a alors prétendu qu'il y a une différence entre les confessions et les aveux qui ne constituent pas une confession complète. Une telle différence paraît être admise dans certains autres pays. En

[2] [1971] R.C.S. 23.
[3] [1967] 1 A.C. 760 (H.L.).

legislative enactments severely limit the admissibility of confessions, and the courts have construed these enactments as not preventing the admission in evidence of other incriminating statements obtained by fair means though not in the manner required for confessions. And for some reason not made clear in argument some such distinction appears to be recognised at least in some states in the United States. But there appears to be no English case for more than a century in which an admission induced by a threat or promise has been admitted in evidence where a full confession would have been excluded. If such a case had occurred since appeal to the Court of Criminal Appeal became possible I find it very difficult to believe that there would not have been an appeal. I can see no justification in principle for the distinction. In similar circumstances one man induced by a threat makes a full confession and another induced by the same threat makes one or more incriminating admissions. Unless the law is to be reduced to a mere collection of unrelated rules, I see no distinction between these cases.

Inde et au Ceylan, des dispositions législatives restreignent strictement la recevabilité des confessions, et les tribunaux ont interprété ces dispositions de manière à ne pas exclure la recevabilité en preuve d'autres déclarations incriminantes obtenues par des moyens licites, même si ce n'est pas de la façon requise pour les confessions. Et pour une raison qui n'est pas évidente, une distinction de cette sorte paraît être reconnue au moins dans certains états des États-Unis. Mais il ne semble pas y avoir eu en Grande-Bretagne depuis plus d'un siècle de précédent où l'on ait admis comme preuve un aveu obtenu par menace ou promesse lorsqu'une confession complète aurait été écartée. Si cela s'était produit depuis qu'il est possible de faire appel devant la Court of Criminal Appeal, j'estime très difficile de croire qu'il n'y aurait pas eu appel. Rien ne justifie en principe cette distinction. Dans des circonstances semblables, une personne, sous l'influence d'une menace, fait une confession complète; une autre, sous l'influence de la même menace, fait un ou plusieurs aveux incriminants. Sous peine de réduire la loi à un simple ensemble de règles disparates, je ne vois pas de différence entre ces situations.

The learned authors of *Phipson on Evidence* (12th ed., 1976) state at paragraph 671:

> In criminal cases statements made out of court by an accused are similarly admissible against him though they are subject to special conditions of admissibility if made to a person in authority, and are then usually called "confessions".

Les savants auteurs de *Phipson on Evidence* (12e éd., 1976) énoncent au paragraphe 671:

> [TRADUCTION] Dans les affaires criminelles, les déclarations que fait l'accusé hors de cour sont également recevables contre lui, même si elles sont assujetties à des conditions particulières si elles sont faites à une personne ayant autorité; elles sont alors habituellement appelées «confessions».

Gradually, the law has developed so as to carve out of the general field of admissions those statements made by an accused to a person in authority; these are referred to as confessions and it is to these that special rules for admissibility at trial apply.

Graduellement, le droit a évolué de façon à séparer du domaine général des aveux les déclarations faites par un accusé à une personne ayant autorité: on parle alors de confessions, et c'est à elles que s'appliquent des règles particulières de recevabilité au procès.

The rules of evidence in criminal law, and indeed in civil law, are all concerned with relevancy, reliability and fairness as well as other considerations such as the reasonable economy and efficiency of trial. The rules with reference to confessions have an additional element, namely the concern of the public for the integrity of the system of the administration of justice. If the reliability of an accused's statements were the only consideration in determining their admissibility the courts would not have adopted distinctive principles applicable only to statements to persons in

Les règles de la preuve en droit pénal, et même en droit civil, portent toutes sur la pertinence, la véracité et l'impartialité, ainsi que sur d'autres préoccupations telles l'économie relative et l'efficacité du procès. Les règles relatives aux confessions ont un élément supplémentaire, soit la préoccupation du public pour l'intégrité du système de l'administration de la justice. Si la véracité des déclarations d'un accusé était le seul aspect à examiner pour établir leur recevabilité, les cours n'auraient pas adopté des principes applicables uniquement aux déclarations faites aux personnes ayant auto-

authority and not to statements against interest generally. Reliability cannot be the ticket for admission because statements may have enough of the appearance of reliability to ensure reference to the trier of fact but still have been excluded by the confession standard. In *Piché*, *supra*, the statement sought to be introduced by the Crown was one which was professedly false but which was sought to be introduced to contest the credibility of the accused. The statement was exculpatory in nature and the Crown was required to prove that such a prior inconsistent statement was voluntary. Cartwright C.J. stated at p. 26:

> It appears to me to involve a strange method of reasoning to say that an involuntary statement harmful to the accused's defence shall be excluded because of the danger of its being untrue but that a harmful involuntary statement, of which there is not merely a danger of its being false but which the prosecution asserts to be false, should be admitted merely because, considered in isolation, it is on its face exculpatory.

The matter is carried further in an earlier discussion in this Court in *DeClercq v. The Queen*[4] where Cartwright C.J., at p. 906, stated:

> While the reason for the rule is said to be the danger that a confession, the making of which has been induced by threats or promises made by a person in authority, may well be untrue, it must now, I think, be regarded as settled that when an inquiry is held during the course of a trial as to the admissibility of an inculpatory statement sought to be introduced by the Crown, the question to be determined is whether or not the statement was voluntary and not whether or not it is true.

Martland J. added at p. 911:

> ... it is settled law that an inculpatory statement by an accused is not admissible against him unless it is voluntary, and ... the inquiry on a *voir dire* is directed to that issue, and not to the truth of the statement ...

Why then is the standard of 'voluntariness' and not 'truth' adopted by the law? Confessions have doubtless been suspect from the earliest times by those interested in the administration of justice. Torture and other forms of violence no doubt have brought about confessions, and the disallowance of their admissibility was perhaps one of the measrité et non aux déclarations incriminantes en général. La véracité ne peut être le seul critère de recevabilité, parce que des déclarations peuvent paraître assez véridiques pour assurer que le juge des faits s'y réfère, et être quand même écartées suivant les normes de la confession. Dans l'affaire *Piché*, précitée, la déclaration que la poursuite voulait produire était ostensiblement fausse, mais on cherchait à la produire pour attaquer la crédibilité de l'accusée. La déclaration était de nature justificative et la poursuite devait établir que cette déclaration antérieure incompatible était volontaire. Le juge en chef Cartwright a dit à la p. 26:

> A mon avis, c'est une étrange façon de raisonner que de prétendre qu'une déclaration extorquée et préjudiciable à la défense de l'accusé doit être écartée parce qu'elle risque d'être fausse, tandis qu'une déclaration extorquée et préjudiciable, qui non seulement risque d'être fausse mais que la poursuite tient pour fausse, doit être reçue tout simplement parce que, considérée isolément, elle est apparemment justificative.

Cette Cour avait déjà étudié cette question plus à fond auparavant dans l'arrêt *DeClercq c. La Reine*[4] où le juge en chef Cartwright dit à la p. 906:

> [TRADUCTION] Même si on dit que la raison d'être de cette règle est le danger que la confession, obtenue par des menaces ou des promesses faites par une personne ayant autorité, puisse être fausse, je crois qu'il faut maintenant tenir comme reconnu que lorsqu'on examine, au cours d'un procès, la recevabilité d'une déclaration incriminante que la poursuite veut produire, la question qu'il faut décider est de savoir si la déclaration a été faite volontairement, et non si elle est exacte.

Le juge Martland ajoute à la p. 911:

> [TRADUCTION] ... il [est] reconnu en droit que la déclaration incriminante de l'accusé est irrecevable contre lui à moins qu'elle ait été faite volontairement, et ... la preuve sur le voir dire porte sur cette question, et non sur la véracité de la déclaration ...

Pourquoi alors la loi adopte-t-elle la règle du «caractère volontaire» et non la règle de la «vérité»? Il n'y a pas de doute que les personnes qui s'intéressent à l'administration de la justice se méfient depuis toujours des confessions. Il est certain que la torture et d'autres formes de violence ont amené des confessions, et le refus de les rece-

[4] [1968] S.C.R. 902.

[4] [1968] R.C.S. 902.

ures adopted to eliminate these practices. Many reasons come to mind at once for the rejection of such statements: the statement may be untrue; the statement might be incomplete; and the obtaining of such a statement infringes the accused's right to remain silent. It may be that the adoption and continuance of the confession rules are a deep-seated recognition by the courts of the need to apply, in the conduct of criminal trials, principles which will command the respect and hence the support of the public for the system of criminal justice. Certainly without such acceptance and support the system would not survive. Chief Justice Freedman discussed the presence of the exclusionary rule in our law in his learned article "Admissions and Confessions" reproduced in Salhany and Carter, *Studies in Canadian Criminal Evidence*, (1972), c. 4. He observed that the rejection of a confession brought about by threats and beatings would find its basis not in the rules concerning persons in authority but may arise out of " ... the discretionary power to consider the broad question of public policy in the administration of criminal justice", (at p. 120). Earlier, at p. 99, the learned Chief Justice stated:

Undoubtedly, as already stated, the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others—the last perhaps being an instance of an "inarticulate major premise" playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process.

See as well 8 Wigmore, *Evidence*, 3rd ed., paragraph 2251.

The roots of the confession rules have been examined by writers in the United States. In his text on *Evidence of Guilt*, (1959), Professor Maguire observed at p. 109:

[T]wo obvious reasons appear for caution in receiving evidence of confessions:

voir était peut-être un des moyens adoptés pour éliminer ces pratiques. De nombreux motifs viennent d'abord à l'esprit pour rejeter ces déclarations: la déclaration peut être fausse; elle peut être incomplète; et l'obtention de cette déclaration empiète sur le droit de l'accusé de garder le silence. Il se peut que l'adoption et le maintien des règles de la confession sont, de la part des tribunaux, une reconnaissance fermement établie du besoin d'appliquer, dans la conduite des procès criminels, des principes qui inspireront le respect et l'appui du public à l'égard du système de justice pénale. Il est certain que le système ne peut subsister sans cette acceptation et cet appui. Dans un article savant intitulé «Admissions and Confessions», reproduit à l'ouvrage de Salhany et Carter, *Studies in Canadian Criminal Evidence*, (1972), chap. 4, le juge en chef Freedman a analysé la présence de la règle d'exclusion dans notre droit. Il fait remarquer que le rejet d'une confession obtenue au moyen de menaces et de coups trouve son fondement non pas dans les règles relatives aux personnes ayant autorité mais peut être issu [TRADUCTION] « ... du pouvoir discrétionnaire de tenir compte de la question générale de l'intérêt public dans l'administration de la justice pénale», (à la p. 120). Le savant Juge en chef avait déjà dit, à la p. 99:

[TRADUCTION] Sans nul doute, comme je l'ai déjà dit, le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement—ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice.

Voir également 8 Wigmore, *Evidence*, 3e éd., paragraphe 2251.

Aux États-Unis, des auteurs ont étudié les fondements des règles de la confession. Dans un texte intitulé *Evidence of Guilt*, (1959), le professeur Maguire souligne à la p. 109:

[TRADUCTION] Deux raisons évidentes incitent à la prudence lorsque se pose la preuve de confessions:

First, and most commonly invoked, the fear that an "involuntary" confession of guilt may be untrue.

Second, determination to hold public authorities up to a humane and honourable standard of conduct in treatment of persons suspected or accused. While not at all inconsistent with the first reason, this second reason may operate entirely independently of any risk that a particular confession is tainted with untruth.

To similar effect see Allen, "Due Process and State Criminal Procedures: Another Look" (1953), 48 Nw.U.L. Rev. 16, at p. 19.

This Court was faced in *Horvath v. The Queen*[5], with the question of admissibility of a confession and in discussing the general nature of confessions in the law our brother Beetz J. stated (at p. 433):

Apart from the untrustworthiness of confessions extorted by threats or promises, other policy reasons have also been advanced to explain the rejection of confessions improperly obtained. But the basic reason is the accused's absolute right to remain silent either completely or partially and not to incriminate himself unless he wants to. This is why it is important that the accused understand what is at stake in the procedure.

This additional consideration connotes a recognition by the courts since the earliest times of the desirability and indeed the necessity of adopting a system of principles in the administration of justice which will be accepted by and command the support of the community. Thus it can be said that confessions are not admissible where to admit them would bring the administration of justice into disrepute, or, to put it another way, would prejudice the public interest in the integrity of the judicial process.

All of this can be found in different shades and hues in the authorities, commencing with *Ibrahim v. The King*[6], which lays down the principle that to be admissible in a court of law, a statement by an accused must be voluntary, that is to say it must

[5] [1979] 2 S.C.R. 376.
[6] [1914] A.C. 599.

Première ment, la raison invoquée le plus souvent est la crainte qu'une confession «involontaire» de culpabilité soit fausse.

La seconde raison est l'intention bien arrêtée d'élever les autorités publiques à une norme de conduite humanitaire et honorable quant au traitement accordé aux personnes soupçonnées ou accusées. Même si elle n'est pas tout à fait incompatible avec la première, cette seconde raison peut être invoquée de façon complètement indépendante du risque qu'une confession précise soit entachée de fausseté.

Voir en ce sens l'article de Allen, «Due Process and State Criminal Procedures: Another Look», (1953) 48 Nw.U.L. Rev. 16, à la p. 19.

Dans *Horvath c. La Reine*[5], la question de la recevabilité d'une confession s'est posée à cette Cour, et dans son analyse de la nature générale des confessions en droit, notre collègue le juge Beetz a dit (à la p. 433):

Mis à part la suspicion que soulèvent des aveux extorqués par la menace ou les promesses, on a également invoqué d'autres raisons de principe pour expliquer le rejet d'aveux obtenus incorrectement. Mais la raison fondamentale demeure le droit absolu de l'accusé de garder complètement ou partiellement le silence et de ne s'incriminer que s'il le veut. C'est pourquoi il est important que l'accusé comprenne ce qui est en jeu dans cette procédure.

Ce motif supplémentaire comporte depuis toujours, de la part des tribunaux, une reconnaissance de l'avantage et même de la nécessité d'adopter, dans l'administration de la justice, un ensemble de principes qui sera accepté par la collectivité et qui recevra son appui. Ainsi, on peut dire que les confessions ne sont pas recevables lorsque le fait de les recevoir discréditerait l'administration de la justice ou, en d'autres mots, porterait atteinte à l'intérêt du public dans l'intégrité de la justice.

On peut trouver tout cela sous diverses nuances et teintes dans la jurisprudence, à commencer avec l'arrêt *Ibrahim v. The King*[6], qui pose le principe que, pour être recevable dans une cour de justice, la déclaration d'un accusé doit être volontaire,

[5] [1979] 2 R.C.S. 376.
[6] [1914] A.C. 599.

not have been induced by fear of prejudice or hope of advantage. The prescription that a confession to be admissible must be voluntary is not limited to the examples set out in *Ibrahim*, *supra*. In *Horvath*, *supra*, Spence J. held (at p. 402):

Although many courts seem to have done so, I do not regard such an authority as *Ibrahim* as indicating that the natural meaning of the word "voluntary" should be confined to cases of hope of advantage or fear of prejudice.

He continued (at pp. 409-10):

The requirement to establish the admissibility at trial of a statement made by an accused person to persons in authority has been oft cited as simply that it is free and voluntary. Those are both ordinary English words and I think mean roughly the same thing. The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "voluntary" as "arising or developing in the mind without external constraint . . . ; of actions: performed or done of one's own free will, impulse, or choice; not constrained, prompted, or suggested by another".

In the same case, Beetz J. noted (at p. 424):

The question arises as to whether the enumeration in the rule of instances of involuntariness is a limitative one.

It cannot be limitative since the rule is a judge-made rule and anything said by a judge beyond what is necessary to decide the issue is *obiter*. Furthermore, the principle which inspires the rule remains a positive one; it is the principle of voluntariness.

The principle itself, of course, requires (and this is an absolute requisite) that the statement in fact be made to a person in authority; and if this qualification is not met, then it matters not whether the person is known to the accused to be one in authority. This is because the principle adopted for the protection of the integrity of the administration of justice is founded upon the realization that persons in authority, instrumentalities of the State, must observe certain basic rules. This is so for the practical reason that their very authority might, by promise or threat, express or implied, produce a statement whether or not the accused was truly

c.-à-d. qu'elle ne doit pas avoir été obtenue par la crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage. L'obligation qu'une confession soit volontaire, pour être recevable, ne se limite pas aux exemples donnés dans l'arrêt *Ibrahim*, précité. Dans l'arrêt *Horvath*, précité, le juge Spence a conclu (à la p. 402):

Bien que plusieurs tribunaux l'aient fait, je ne déduis pas de l'arrêt *Ibrahim* que le sens propre du mot «volontaire» doit être limité aux cas où il y a espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice.

Il a poursuivi (aux pp. 409 et 410):

On a souvent dit que pour que la déclaration faite par un accusé à des personnes ayant autorité soit recevable en preuve au procès, il suffit d'établir qu'elle est libre et volontaire. Ce sont deux termes courants en anglais et je crois qu'ils signifient à peu près la même chose. Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit [TRADUCTION] «volontaire»: «prenant naissance ou se développant dans l'esprit sans contrainte extérieure . . . ; d'un acte: accompli ou fait de son propre gré, impulsion ou choix; qui n'est pas imposé, inspiré ou suggéré par une autre personne».

Dans le même arrêt, le juge Beetz a souligné (à la p. 424):

Il faut alors se demander si cette énumération des cas de déclarations extorquées est restrictive.

Elle ne peut être restrictive puisque la règle prend sa source dans la jurisprudence et que les propos d'un juge sur un point qu'il ne lui est pas nécessaire de trancher constituent un *obiter*. En outre, le principe qui a inspiré la règle est positif; c'est le principe du caractère volontaire.

Bien sûr, le principe lui-même exige, et cette exigence est absolue, que la déclaration, en fait, soit faite à une personne ayant autorité; et si cette exigence n'est pas remplie, il n'importe pas alors que l'accusé sache que la personne est une personne ayant autorité. Et ce parce que le principe adopté en vue de protéger l'intégrité de l'administration de la justice s'appuie sur la conception que les personnes ayant autorité, étant les instruments de l'Etat, doivent observer certaines règles de base. Il en est ainsi pour la simple raison que leur autorité même peut, au moyen de promesses ou de menaces, formelles ou tacites, provoquer une dé-

willing to speak, and on occasion might bring about statements which are in whole or in part untrue. It is also necessary to adopt these basic rules for the higher reason that ethical precepts are a vital ingredient in a system of justice if it is to command the respect and support of the community it serves, particularly in a judicial structure which embraces the concept of the jury. In this appeal the first encounter of significance was with a person in authority; that is, the authority to whom the accused communicated his decision or election not to give a statement. It is that incident which, in the circumstances here concerned, started the process which, in my view, leads to the exclusion of the statements thereafter obtained by the authorities.

The analysis need go but one step further. To be voluntary a statement must be volunteered by the speaker in the sense that the statement must be the product of a conscious volens on the part of the speaker. The volens must relate not only to the mechanics of speaking, that is the articulation of the ideas of the speaker. Where the speaker has, as here, already refused to give a statement to the authorities, the test of voluntariness must include an appreciation of the circumstances in which the statement is made, including an awareness that his statement is being 'volunteered' to a person in authority. To apply the rule otherwise in the circumstances we have here would not merely permit but would encourage the deliberate circumvention by the authority of the accused's announced exercise of his right not to give a statement to the authorities. This idea is taken up by Rand J. in *R. v. Fitton*[7] at p. 963:

Even the word "voluntary" is open to question; in what case can it be said that the statement is not voluntary in the sense that it is the expression of a choice, that it is willed to be made? But it is the character of the influence of idea or feeling behind that act of willing and its source which the rule seizes upon.

[7] [1956] S.C.R. 958.

claration peu importe que l'accusé soit vraiment disposé à la faire, et peut à l'occasion amener des déclarations qui soient entièrement ou partiellement fausses. Il est en outre nécessaire d'adopter ces règles de base pour la raison plus importante que les préceptes éthiques sont un élément primordial d'un système de justice qui veut s'attirer le respect et l'appui de la collectivité qu'il sert, en particulier dans un système judiciaire qui englobe le concept du jury. En l'espèce, la première rencontre importante a été avec une personne ayant autorité; c.-à-d. l'autorité à laquelle l'accusé a fait part de sa décision ou de son choix de ne faire aucune déclaration. C'est cet incident qui, en l'espèce, a mis en marche le processus qui, à mon avis, mène à exclure les déclarations que les autorités ont obtenues par la suite.

Cette analyse n'a plus qu'un pas à franchir. Pour qu'elle soit volontaire, une déclaration doit être offerte spontanément par celui qui la fait, en ce sens qu'elle doit être le fruit d'une volonté consciente de la part de celui qui la fait. La volonté doit se rapporter non seulement au mécanisme de la parole, c.-à-d. l'articulation des idées de la personne qui parle. Lorsque la personne qui fait une déclaration a déjà, comme en l'espèce, refusé de faire une déclaration aux autorités, l'examen du caractère volontaire doit comprendre une appréciation des conditions dans lesquelles la déclaration est faite, y compris une conscience que sa déclaration est offerte «spontanément» à une personne ayant autorité. Appliquer la règle d'une autre façon dans les circonstances en l'espèce ne permettrait pas simplement à l'autorité de se soustraire intentionnellement à l'exercice, que l'accusé a exprimé, de son droit de ne faire aucune déclaration à l'autorité, mais encouragerait l'autorité à le faire. Dans l'arrêt *R. c. Fitton*[7], à la p. 963, le juge Rand adopte cette idée:

[TRADUCTION] Même le mot «volontaire» prête à débat; dans quel cas peut-on dire que la déclaration n'est pas volontaire en ce sens qu'elle est l'expression d'un choix, qu'on a voulu la faire? Mais c'est le caractère de l'influence de l'idée ou du sentiment derrière cet acte de volonté et sa source que la règle saisit.

[7] [1956] R.C.S. 958.

The matter is carried further by Spence J. speaking for the entire Court in *Ward v. The Queen*[8], at p. 40:

> In my view, there is a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found in consideration of the mental condition of the accused at the time he made the statements to determine whether or not the statements represented the operating mind of the accused.

If this latter element is not included, then the meaning of voluntariness is reduced to a concern for the simple articulation of the words of the statement by the accused speaker. I can find no authority for such an arbitrary and destructive reduction of the degree of voluntariness required by the basic principle illustrated by *Ibrahim*, *supra*, literally applied. Indeed, as I view the sequence of events here, the statement is properly excluded on the simple application of the principle revealed in *Horvath* and *Ward*, *supra*, to the facts of this case.

On the facts before us here the authority went to some pains to ensure that the accused, when making his statement, did not know it was being made to a person in authority. As I have observed, he had earlier refused to give a statement to the police. I do not go on and deal with any other set of facts, such as a situation where the accused ought to have known the hearer was a person in authority within the meaning of that term in the law, or had not earlier declined to give a statement. We are concerned here with the fact that the statement was made by a person under charge to a person in authority masquerading as something else, and after the hearer has explicitly disavowed any such status in order to allay the suspicions of an accused who had already expressed a desire not to make a statement to the police.

It is not necessary to trace the origin of the special rules applicable to statements by an accused to a person in authority. If indeed these rules emanate from a desire on the part of the courts and the community to adopt policies which will ensure a fair, impartial and reputable administration of justice, then we need proceed no further.

[8] [1979] 2 S.C.R. 30.

Le juge Spence, qui a rendu l'arrêt unanime de cette Cour dans *Ward c. La Reine*[8], ajoute à la p. 40:

> A mon avis, il faut en outre, même lorsqu'on ne peut établir qu'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement, compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment où il les a faites pour déterminer si elles reflètent l'état d'esprit conscient de l'accusé.

Si on n'inclut pas ce dernier élément, la signification de caractère volontaire se réduit alors à se soucier de la simple articulation des mots de la déclaration que fait l'accusé. Je ne trouve aucune jurisprudence qui appuie une réduction arbitraire et destructive du degré de spontanéité qu'exige le principe de base établi dans l'arrêt *Ibrahim*, précité, appliqué littéralement. De fait, de la façon dont je vois l'enchaînement des événements, la déclaration est exclue à bon droit par la simple application du principe établi dans les arrêts *Horvath* et *Ward*, précités, aux faits en l'espèce.

Suivant les faits en l'espèce, l'autorité s'est donné la peine de s'assurer que l'accusé, en faisant sa déclaration, ne sache pas qu'elle était faite à une personne ayant autorité. Comme je l'ai indiqué, il avait déjà refusé de faire une déclaration à la police. Je ne vais pas examiner d'autres situations, comme celle où l'accusé aurait dû savoir que l'auditeur était une personne ayant autorité au sens que la loi donne à ce mot, ou s'il n'avait pas déjà refusé de faire une déclaration. Il s'agit ici du fait que la déclaration a été faite par un accusé à une personne ayant autorité déguisée sous une autre identité, et après que l'auditeur eut renié expressément cette qualité afin de dissiper les soupçons d'un accusé qui avait déjà exprimé le désir de ne pas faire de déclaration à la police.

Il n'est pas nécessaire de retracer l'origine des règles particulières applicables aux déclarations d'un accusé à une personne ayant autorité. Si, de fait, ces règles émanent du désir des tribunaux et de la collectivité d'adopter des politiques qui assureront une administration équitable, impartiale et honorable de la justice, alors nous n'avons pas à

[8] [1979] 2 R.C.S. 30.

On the other hand, it has been said that the principles surrounding the admissibility of a confession emanate from a right to silence on the part of the accused under our jurisprudence. The accused, of course, need not testify. He cannot be compelled to do so and his exercised right to silence may not be the subject of commentary by the Crown before the jury (*Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 4(5)). On the other hand, if the accused elects, for whatever reason, to enter the witness box, he is on the same footing as any other witness. He may be cross-examined on anything deemed relevant by the court. By statutory intervention (s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, *supra*,) that which the accused says in the witness box may not be used against him in any other proceedings. But, of course, so far as the principal trial is concerned the section has no application. The right in the accused, in my view, to elect not to testify in the trial of a charge laid against him is one of the fundamental elements of our criminal jurisprudence ranking with the presumption of innocence and the onus on the Crown to establish guilt beyond a reasonable doubt according to law. His right to silence arises not because he is a witness but because he is an accused. Indeed, as Dickson J. said in *Marcoux and Solomon v. The Queen*[9] at p. 769, the accused has no such right with reference to any question deemed to be relevant by a court once he enters the witness box. Professor Glanville Williams, in *The Proof of Guilt*, (2nd ed., 1958), puts it this way (at pp. 37-8):

> According to the rule, neither the judge nor the prosecution is entitled at any stage to question the accused unless he chooses to give evidence. "At the common law," says Blackstone, "*nemo tenebatur prodere seipsum*: and his fault was not [to] be wrung out of himself, but rather to be discovered by other means and other men." This rule may be called the accused's right not to be questioned; in America it is termed the privilege against self-incrimination. The latter expression is more apt as the name for another rule, the privilege of any witness to refuse to answer an incriminating question; this is different from the rule under discussion, which, applying only to persons accused of crime, prevents the question from being asked. The person charged

[9] [1976] 1 S.C.R. 763.

aller plus loin. D'autre part, on a dit que les principes qui entourent la recevabilité d'une confession émanent d'un droit que notre jurisprudence accorde à l'accusé de garder le silence. Bien sûr, l'accusé n'a pas besoin de témoigner. Il ne peut être contraint à le faire, et le droit qu'il exerce de garder le silence ne peut faire l'objet de commentaires de la part de la poursuite devant le jury (*Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, par. 4(5)). D'autre part, si, pour une raison quelconque, l'accusé choisit de témoigner, il est sur le même pied que tout autre témoin. Il peut être contre-interrogé sur toute question que la cour estime pertinente. Par l'opération de la loi (par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, précitée), ce que l'accusé dit à la barre des témoins ne peut être utilisé contre lui dans aucune autre procédure. Mais bien sûr, ce paragraphe ne s'applique pas en ce qui a trait au procès principal. A mon avis, le droit de l'accusé de choisir de ne pas témoigner à son propre procès est un des éléments essentiels de notre théorie générale du droit pénal, au même titre que la présomption d'innocence et le fardeau qu'a la poursuite de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable suivant la loi. Son droit de garder le silence ne vient pas du fait qu'il est un témoin, mais du fait qu'il est un accusé. Bien sûr, comme le juge Dickson l'a dit dans *Marcoux et Solomon c. La Reine*[9] à la p. 769, une fois que l'accusé est à la barre des témoins, il n'a plus ce droit à l'égard de toute question que la cour estime pertinente. Dans *The Proof of Guilt*, (2e éd., 1958), le professeur Glanville Williams affirme (aux pp. 37 et 38):

> [TRADUCTION] Selon la règle, ni le juge ni la poursuite n'a le droit en aucun temps d'interroger l'accusé à moins qu'il ne choisisse de témoigner. «En *common law*» dit Blackstone, «*nemo tenebatur prodere seipsum*: et sa faute ne devait pas lui être arrachée, mais elle devait plutôt être révélée par d'autres moyens et par d'autres hommes». On peut appeler cette règle le droit de l'accusé de ne pas être interrogé; en Amérique, on l'appelle le privilège contre l'auto-incrimination. Cette dernière expression convient davantage comme appellation d'une autre règle, le privilège d'un témoin de refuser de répondre à une question incriminante; cette règle diffère de la règle à l'étude, laquelle, s'appliquant uniquement aux personnes accusées d'un crime, empêche qu'une question

[9] [1976] 1 R.C.S. 763.

with crime has not merely the liberty to refuse to answer a question incriminating himself; he is freed even from the embarrassment of being asked the question. The privilege against self-incrimination, as applied to witnesses generally, must be expressly claimed by the witness when the question is put to him in the box; whereas the accused's freedom from being questioned prevents the prosecution from asking (much less compelling) him to enter the box, and from addressing questions to him in the dock. [Underlining added.]

soit posée. La personne accusée d'un crime n'a pas simplement la liberté de refuser de répondre à une question pouvant l'incriminer; on la libère même de l'embarras de se voir poser la question. Le privilège contre l'auto-incrimination, appliqué aux témoins en général, doit être invoqué expressément par le témoin lorsque la question lui est posée à la barre; alors que l'immunité dont jouit l'accusé quant à l'interrogatoire empêche la poursuite de lui demander (ce qui est beaucoup moins contraignant) de se présenter à la barre et de lui poser des questions sur le banc des accusés. [C'est moi qui souligne.]

The question naturally follows: should the accused's out-of-court statements be admissible in court on the same basis? That is, if made to a person in authority, must that statement be a voluntary statement (as earlier described), consciously made to that person in circumstances which make it evident that the accused intended it to be testimony in open court or to be capable of being put to such use; or under circumstances which will not bring the administration of justice into disrepute? This question as it arises here relates only to those statements made to and not merely in the presence of a person in authority, intended to be given to that particular person, made after an election to remain silent, and when made in the circumstances already described. It surely follows that if our law continues to recognize the right of an accused not to enter the witness box under compulsion, his indirect testimony in the form of out-of-court statements to a person in authority should not be admissible on a basis which, following his invocation of the right to silence, undermines or defeats the right not to testify. One author has put the idea this way:

La question se pose naturellement: doit-on recevoir en cour, suivant le même principe, les déclarations que l'accusé a faites hors de cour? C'est-à-dire, cette déclaration, si elle est faite à une personne ayant autorité, doit-elle être une déclaration volontaire (telle que décrite précédemment), faite d'une façon consciente à cette personne, dans des conditions qui montrent clairement que l'accusé voulait qu'elle constitue un témoignage en cour ou qu'elle puisse servir comme tel; ou faite dans des conditions qui ne terniront pas l'image de la justice? La question qui se pose ici se rapporte uniquement aux déclarations faites à une personne ayant autorité et non simplement en sa présence, aux déclarations que l'on veut faire à cette personne en particulier, aux déclarations faites après avoir choisi de garder le silence, et lorsqu'elles sont faites dans les circonstances déjà décrites. Il s'ensuit sûrement que si notre droit continue à reconnaître le droit d'un accusé de ne pas être contraint à venir à la barre, son témoignage indirect sous la forme de déclarations faites hors de cour à une personne ayant autorité ne devrait pas être recevable parce que, après qu'il a invoqué le droit de garder le silence, ce témoignage sape ou frustre le droit de ne pas témoigner. Un auteur a exposé ainsi cette idée:

> ... if there are reasons for not compelling an accused to testify at trial, those reasons should also be considered in relation to statements given prior to trial.
>
> Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, 1979, at p. 97.

> [TRADUCTION] ... s'il existe des motifs de ne pas contraindre un accusé à témoigner à son procès, il faudrait aussi tenir compte de ces motifs à l'égard des déclarations faites avant le procès.
>
> Ratushny, *Self-Incrimination in the Canadian Criminal Process*, 1979, à la p. 97.

By this process of reasoning one can readily reconcile the *Ibrahim* rule with the underlying purposes for the special treatment accorded to confessions,

En raisonnant de cette façon, on peut facilement concilier la règle de l'arrêt *Ibrahim* et les objectifs sous-jacents du traitement particulier accordé aux

being the overriding interest in the acceptance by the community of the system for the administration of justice. Thus the admission of a statement which has been induced by a person in authority in such a way that it might be untrue is but one illustration of conduct that would bring the administration of justice into disrepute; and hence such a statement is inadmissible. This principle has its application in any circumstance, whether or not one might conclude that the statement might be true, where the effect of the conduct of a person in authority is to remove the basic element of 'voluntariness'. In short, the possibility or likelihood of the truth or untruth of a statement is but one element in the process of determining the voluntary nature of the statement in the full sense accorded to that expression in the authorities. I find the observations of Lord Diplock in *R. v. Sang*[10] at p. 436 appropriate to the circumstances of this appeal:

My Lords, I propose to exclude, as the certified question does, detailed consideration of the role of the trial judge in relation to confessions and evidence obtained from the defendant after commission of the offence that is tantamount to a confession. It has a long history dating back to the days before the existence of a disciplined police force, when a prisoner on a charge of felony could not be represented by counsel and was not entitled to give evidence in his own defence either to deny that he had made the confession, which was generally oral, or to deny that its contents were true. The underlying rationale of this branch of the criminal law, though it may originally have been based upon ensuring the reliability of confessions is, in my view, now to be found in the maxim nemo debet prodere se ipsum, no one can be required to be his own betrayer or in its popular English mistranslation "the right to silence." That is why there is no discretion to exclude evidence discovered as the result of an illegal search but there is discretion to exclude evidence which the accused has been induced to produce voluntarily if the method of inducement was unfair.

Outside this limited field in which for historical reasons the function of the trial judge extended to imposing sanctions for improper conduct on the part of the prosecution before the commencement of the proceedings in inducing the accused by threats, favour or trickery to

[10] [1980] A.C. 402.

confessions, soit l'intérêt primordial qu'il y a à ce que la collectivité accepte le système de l'administration de la justice. Ainsi, l'admission d'une déclaration qui a été obtenue par une personne ayant autorité d'une façon telle qu'elle peut être fausse n'est qu'un exemple d'une conduite qui peut ternir l'image de la justice. Une telle déclaration est donc irrecevable. Ce principe s'applique en toute circonstance, peu importe que l'on puisse conclure que la déclaration peut être vraie, lorsque la conduite d'une personne ayant autorité a pour effet d'éliminer l'élément fondamental qu'est le «caractère volontaire». En bref, la possibilité ou la probabilité de l'exactitude ou de la fausseté d'une déclaration n'est qu'un élément du mécanisme visant à établir le caractère volontaire de la déclaration dans tout le sens que la jurisprudence et la doctrine attribuent à cette expression. A mon avis, les remarques de lord Diplock dans l'arrêt *R. v. Sang*[10] à la p. 436, conviennent aux circonstances du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, je propose d'exclure, comme le fait la question fixée, l'examen détaillé du rôle du juge du procès à l'égard des confessions et de la preuve qui a été obtenue du défendeur après la perpétration de l'infraction et qui équivaut à une confession. Son origine remonte à l'époque antérieure à l'existence d'un corps policier structuré, lorsqu'un prisonnier accusé d'un acte criminel ne pouvait être représenté par un avocat et n'avait pas le droit de témoigner en sa faveur ni de nier avoir fait une confession, qui était généralement verbale, ou d'en nier le contenu. La raison d'être sous-jacente de cette partie du droit pénal, même si elle peut à l'origine avoir eu pour fondement de s'assurer de la véracité des confessions, peut maintenant, à mon avis, se trouver dans la maxime nemo debet prodere se ipsum, nul ne peut être tenu de se trahir lui-même, ou, dans une mauvaise version française, «le droit de garder le silence». C'est pourquoi il n'y a aucun pouvoir discrétionnaire pour exclure une preuve obtenue à la suite d'une perquisition illégale mais il existe un pouvoir discrétionnaire permettant d'exclure une preuve que l'accusé a été amené à fournir volontairement si le moyen par lequel elle a été obtenue n'était pas loyal.

A l'exception de ce domaine restreint dans lequel, pour des motifs historiques, le rôle du juge du procès allait jusqu'à l'imposition de sanctions dans le cas de conduite répréhensible de la part de la poursuite, avant le début du procès, pour avoir amené, au moyen de

[10] [1980] A.C. 402.

provide evidence against himself, your Lordships should, I think, make it clear that the function of the judge at a criminal trial as respects the admission of evidence is to ensure that the accused has a fair trial according to law.

menaces, de faveurs ou d'artifices, l'accusé à fournir des preuves contre lui-même, Vos Seigneuries doivent, je pense, déclarer clairement que, dans un procès criminel, le rôle du juge à l'égard de la recevabilité de la preuve est de s'assurer que l'accusé subit un procès impartial conformément à la loi.

The first determination to be made when the court is confronted with an out-of-court statement by this accused is whether his first statement, that is his refusal to talk to the police, was made to a person in authority. This act of the accused is an objective step and therefore depends not on the understanding of the accused alone but on the actual fact of the identity of the recipient of the statement. If the recipient be a person in authority as that term has been developed in the law, the next step is to determine, in all the circumstances which followed, whether the statement ultimately given (and which is tendered at trial) is voluntary in the full sense of that term. The elements which go into the determination of the voluntariness of that statement include all those circumstances which bear upon the overriding requirement that the admission of the statement will not render the administration of criminal justice unacceptable to the community. All this is in sharp contrast to the determination of the admissibility of a statement by an accused to a person not in authority. In that instance the presence or absence of threats, force, fear, hope, tricks, drugs, etc. go to weight and not to admissibility. It also calls for a different application of the principle than in the usual case where the accused has not, in prior confrontations with the authorities, declined to give a statement.

Lorsque la cour se trouve en présence d'une déclaration que l'accusé en l'espèce a faite hors de cour, elle doit d'abord décider si sa première déclaration, soit son refus de parler à la police, a été faite à une personne ayant autorité. Ce geste de l'accusé constitue une étape objective et ne dépend donc pas de la compréhension du seul accusé, mais du fait réel de l'identité de la personne qui entend la déclaration. Si la personne qui entend la déclaration est une personne ayant autorité au sens que la loi a donné à cette expression, l'étape suivante est d'établir, suivant toutes les circonstances qui ont suivi, si la déclaration faite en dernier lieu (et qui est présentée au procès) est volontaire dans le plein sens de ce terme. Les éléments dont il faut tenir compte dans l'établissement du caractère volontaire de cette déclaration comprennent toutes les circonstances qui appuient l'exigence primordiale que la recevabilité de la déclaration ne rendra pas l'administration de la justice pénale inacceptable aux yeux de la collectivité. Tout cela se distingue nettement de la décision relative à la recevabilité d'une déclaration que l'accusé a faite à une personne n'ayant pas autorité. Dans ce cas, la présence ou l'absence de menaces, de violence, de crainte, d'espoir, d'artifices, de drogues, etc. touche à la valeur, non à la recevabilité. En outre, il faut alors appliquer le principe d'une façon différente de la façon habituelle lorsque l'accusé n'a pas, au cours de rencontres antérieures avec les autorités, refusé de faire une déclaration.

It has been said in considering the use of stratagems by persons in authority that

there appears to be at least some tendency [in Canadian courts] to consider the use of such tactics as one of the factors bearing on voluntariness.

"Developments in the Law—Confessions" (1966), 79 Harv. L. Rev. 935, at p. 1104.

Dans l'examen de l'utilisation des stratagèmes par des personnes ayant autorité, on a déjà dit que

[TRADUCTION] il paraît y avoir au moins une tendance [dans les cours canadiennes] à considérer l'utilisation de telles tactiques comme l'un des facteurs qui influencent le caractère volontaire.

«Developments in the Law—Confessions», (1966) 79 Harv. L. Rev. 935, à la p. 1104.

This is so in my view if the term "voluntariness" is there used in the full sense in which I have here used the term.

Davey C.J.B.C., in *R. v. Frank*[11], examines the status of statements procured or induced by lies told by the person in authority to the accused. In the end the Chief Justice found that their effect on "voluntariness" is measured according to whether or not the circumstances produced in the accused a hope of advantage or a fear of prejudice. In *R. v. McLeod*[12], the Court of Appeal rejected statements procured by "barefaced lies". Laskin J.A. (as he then was) stated (at p. 104):

> In so holding, I do not rule out as a matter of law all stratagems that the police or persons in authority may employ in questioning a person under arrest. The issue in every case, under the governing law, must be whether they operate or are calculated to operate upon the person to rouse hope of advantage or fear of prejudice, or by their oppressiveness (to borrow a term from the English Judges' Rules) put in doubt at least whether any ensuing inculpatory statement has been properly elicited. In my view, reinforced by a reading of the whole record, the lies and associated incidents in this case had the forbidden effect in inducing the incriminating statement.

It remains essentially a decision of policy as to whether the accused must be aware he is making the statement to a person in authority before it may be admissible as a confession. On the facts here, that basic question in its broad form does not arise. Here the accused had taken the position that he did not wish to give a statement to the police. The police then, by a ruse, subverted that wish and thus the defendant made his statement after he thought he had established that he was not, in fact, talking to a person in authority. He did not intend, in such circumstances, to make a statement to a person in authority and thus the public authority cannot present the resulting statement as "voluntary" and therefore admissible under the confession rules. A different result might obtain where

[11] (1969), 69 W.W.R. 588.
[12] (1968), 5 C.R.N.S. 101 (Ont. C.A.).

Il en est ainsi, à mon avis, si l'expression «caractère volontaire» est employée là dans le plein sens dans lequel je l'ai employée ici.

Dans l'arrêt *R. c. Frank*[11], le juge en chef Davey de la Colombie-Britannique examine la nature des déclarations produites ou obtenues au moyen de mensonges que la personne ayant autorité a adressés à l'accusé. A la fin, le Juge en chef conclut que leur effet sur le «caractère volontaire» se mesure selon que les circonstances ont suscité chez l'accusé l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice. Dans *R. v. McLeod*[12], la Cour d'appel a rejeté des déclarations obtenues au moyen de «mensonges éhontés». Le juge Laskin (maintenant Juge en chef du Canada) a dit (à la p. 104):

> [TRADUCTION] En parvenant à cette conclusion, je ne rejette pas en droit tous les stratagèmes que la police ou les autres personnes ayant autorité peuvent utiliser lorsqu'ils interrogent une personne en état d'arrestation. Dans chaque cas, la question en vertu du droit applicable doit être de savoir s'ils suscitent ou s'ils ont été employés en vue de susciter chez la personne l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, ou si leur caractère oppressif (pour employer une expression des règles judiciaires anglaises) soulève un doute quant à savoir si une déclaration incriminante qui en découle a été obtenue de façon régulière. Je suis d'avis, en m'appuyant sur la lecture de l'ensemble du dossier, que les mensonges et les incidents reliés à cette affaire ont eu l'effet illicite de susciter la déclaration incriminante.

La réponse à la question de savoir si l'accusé doit être conscient qu'il fait la déclaration à une personne ayant autorité, avant qu'elle puisse être recevable à titre de confession, reste essentiellement une décision de principe. En l'espèce, cette question fondamentale dans sa forme sommaire ne se pose pas. Ici, l'accusé avait pris la position suivant laquelle il ne voulait pas faire de déclaration à la police. Au moyen d'une ruse, la police a alors renversé son désir et ainsi le défendeur a fait sa déclaration après qu'il eut cru s'être assuré qu'il ne parlait pas, en fait, à une personne ayant autorité. Il n'avait pas, dans ces conditions, l'intention de faire une déclaration à une personne ayant autorité; ainsi, le pouvoir public ne peut présenter la déclaration en résultant comme étant «volon-

[11] (1969), 69 W.W.R. 588.
[12] (1968), 5 C.R.N.S. 101 (C.A. Ont.).

the accused by the clearest declaration revokes his earlier declared election not to give a statement to the authorities. In such a case the succeeding statement is subject to the test of voluntariness in the ordinary way.

Dubin J.A. in his dissent below refers to the refusal of the accused to give a statement to the authorities:

> A singular feature in this case is that after arrest the accused was given a police warning and was asked if he was willing to give a statement. He declined to do so. At that stage, therefore, he had been advised not only that he need not make a statement to a police officer, but also that whatever he said would be taken down in writing and could be used in evidence against him at his trial. In refusing to make such a statement, he exercised his legal right.

I respectfully agree with these observations.

To summarize then:

a) The exclusionary confession rule applies to statements given before trial by an accused to persons in authority.

b) The basic reason for the rule is a concern for the integrity of the criminal justice system. Such a system necessarily requires the support and respect of the community it purports to serve. That support and respect can only be maintained if persons in authority conduct themselves in a way that does not bring the administration of justice into disrepute in the community.

c) The rule and its administration strike a delicate balance between the need to secure the conviction of the guilty, but above all, the avoidance of the conviction of the innocent.

d) In the realm of confessions, this standard of conduct is reflected in the requirement that an accused's statement be given "voluntarily".

e) In this appeal, an expressed decision to remain silent was made by the accused to a policeman who was, in the mind of the

taire» et par conséquent recevable en vertu des règles de la confession. On peut en venir à un résultat différent si l'accusé, au moyen d'une déclaration sans équivoque, renonce au choix qu'il a déjà fait de ne pas faire de déclaration. En pareil cas, la déclaration qui suit est assujettie au critère du caractère volontaire appliqué de la façon ordinaire.

Le juge Dubin, dissident en Cour d'appel, mentionne le refus de l'accusé de faire une déclaration aux autorités:

> [TRADUCTION] Cette affaire comporte l'aspect singulier qu'après son arrestation, l'accusé a reçu une mise en garde de la police qui lui a demandé s'il voulait faire une déclaration. Il a refusé de le faire. A ce stade, par conséquent, il avait été informé non seulement qu'il n'était pas tenu de faire une déclaration à un policier, mais aussi que tout ce qu'il dirait serait consigné par écrit et pourrait être utilisé en preuve contre lui à son procès. En refusant de faire une telle déclaration, il a exercé le droit que lui accorde la loi.

Avec égards, je suis d'accord avec ces observations.

En résumé,

a) La règle de l'exclusion des confessions s'applique aux déclarations qu'un accusé a faites à une personne ayant autorité avant le procès.

b) La préoccupation à l'égard de l'intégrité du système de justice pénale est la raison fondamentale de la règle. Ce système exige nécessairement l'appui et le respect de la collectivité qu'il prétend servir. Il ne peut conserver cet appui et ce respect que si les personnes ayant autorité se conduisent de façon à ne pas ternir l'image de la justice aux yeux de la collectivité.

c) La règle et son application touchent l'équilibre fragile entre la nécessité d'assurer la condamnation du coupable, mais par-dessus tout, le soin d'éviter de condamner l'innocent.

d) Dans le domaine des confessions, cette norme de conduite se manifeste dans l'exigence que la déclaration de l'accusé soit faite «volontairement».

e) En l'espèce, l'accusé a exprimé la décision formelle de garder le silence et en a fait part à

accused as well as in fact, a person in authority.

f) The statement ultimately obtained and tendered in court was the product of a trick and lies by persons in authority, calculated to subvert the appellant's expressed decision to stand mute.

g) Such a determined subversion by the police of an expressed right to refuse to make any statement brings the administration of justice into disrepute. Accordingly, such a statement given in these circumstances cannot get over the hurdle of the exclusionary rule.

h) This appeal is not concerned with the gathering of evidence by any other means nor with the circumstance where an accused has not announced to persons in authority that he did not wish to make a statement.

For these reasons I would allow the appeal and restore the acquittal at trial.

The judgment of Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

MARTLAND J.—This is an appeal from a judgment of the Ontario Court of Appeal[13]. At trial the appellant was acquitted on a charge of possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed that a new trial be held. Dubin J.A. dissented.

The issue which is before this Court concerns the admissibility of a confession which the Crown sought to put in evidence at trial. An agreed statement of facts submitted by the parties to the Court of Appeal explains how the confession came to be made and how it was disposed of by the trial judge. The relevant portions of that statement are set out below:

On November 9, 1976 at approximately 2:30 p.m., Sergeant Woods and Constables Lauzon, Carvish and Gervais of the Ottawa Police Force conducted a search of apartment 1102, 1365 Bank Street in the City of

[13] (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

un policier qui était, dans l'esprit de l'accusé et en fait, une personne ayant autorité.

f) La déclaration finalement obtenue et présentée en cour a été le résultat de la supercherie et des mensonges de la part de personnes ayant autorité, employée en vue de renverser la décision que l'appelant a exprimée de garder le silence.

g) Ce renversement volontaire, par la police, du droit formel de refuser de faire une déclaration ternit l'image de la justice. Par conséquent, une déclaration faite dans ces conditions ne peut surmonter l'obstacle de la règle d'exclusion.

h) Le présent pourvoi ne porte pas sur le rassemblement de preuves par tout autre moyen, ni sur le cas où un accusé n'a pas fait part à des personnes ayant autorité qu'il n'a pas l'intention de faire une déclaration.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict d'acquittement rendu au procès.

Version française du jugement des juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE MARTLAND—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[13]. L'appelant a été acquitté à son procès de l'inculpation de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a ordonné un nouveau procès. Le juge Dubin était dissident.

La question en litige devant cette Cour porte sur la recevabilité d'une confession que le ministère public a voulu présenter en preuve au procès. Un exposé conjoint des faits présenté par les parties à la Cour d'appel explique les circonstances entourant cette confession et la décision du juge du procès relativement à celle-ci. Voici les parties importantes de cet exposé:

[TRADUCTION] Le 9 novembre 1976, vers 14 h 30, le sergent Woods et les agents Lauzon, Carvish et Gervais de la police municipale d'Ottawa ont effectué une perquisition au 1365, rue Bank, appartement 1102, en la

[13] (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

Ottawa under the authority of a search warrant. On the premises at that time were Donal Bonner (D.O.B. 26/06/57), Timothy Hrehoriak (D.O.B. 24/12/60) and the Respondent (D.O.B. 21/12/45). The Respondent advised Constable Gervais that he lived on the premises along with one Nancy Olson. In one of the bedrooms, Sergeant Woods located 128.54 grams of hashish, a set of scales, a cutting knife and a box of tin foil. Upon analysis, the scales and knife were found to have traces of hashish.

The Respondent was given a police warning and was then conveyed to the Ottawa City Police Station at 60 Waller Street along with Bonner and Hrehoriak. Prior to being lodged in a cell, Constable Gervais asked the Respondent if he was willing to give a statement but he declined to do so. The Respondent was later removed from the cell, charged with possession of hashish for the purposes of trafficking and returned to the same cell.

On November 10, 1976 at approximately 1:00 a.m., Constable McKnight, a member of the Ottawa City Police Force acting in an undercover capacity, was placed in an 8′ x 8′ cell at the Ottawa City Police Station occupied by the Respondent alone. Constable McKnight was placed in the cell on the instructions of Constable Gervais, the investigating officer, in order to obtain information from the Respondent concerning the charge against him. During the trial, a *voir dire* was conducted on the question of whether Constable Earl McKnight was a person in authority. At that time, Constable McKnight was unarmed, wore blue jeans, a blue jacket and brown boots, and had a four or five day growth of beard. Constable McKnight testified on the *voir dire* that the Respondent appeared to be normal and not under the influence of alcohol. No other persons or police officers were visible from the cell. Constable McKnight did not identify himself to the Respondent as a member of the Ottawa City Police Force and the Respondent did not appear to recognize him as such.

Upon entering the cell, the Respondent spoke first to Constable McKnight by saying that Constable McKnight "looked like a nark". Constable McKnight just laughed and the Respondent continued that he looked like a nark because of the way he was dressed. Constable McKnight explained that he was dressed like that because he had been fishing. The Respondent then asked Constable McKnight why he was in jail and he replied that it was because of a traffic ticket. Constable McKnight asked the Respondent why he was in jail and the Respondent stated that it was for possession of hashish. While in the cell, Constable McKnight sat beside the Respondent on the only bench. The Respondent then told Constable McKnight that he sold hashish

ville d'Ottawa, en vertu d'un mandat de perquisition. Donal Bonner (né le 26/06/57), Timothy Hrehoriak (né le 24/12/60) et l'intimé (né le 21/12/45), se trouvaient alors sur les lieux. L'intimé a informé l'agent Gervais qu'il habitait à cet endroit avec une nommée Nancy Olson. Dans l'une des chambres à coucher, le sergent Woods a trouvé 128.54 grammes de hachisch, un ensemble de balances, un couteau et une boîte contenant du papier d'étain. Une analyse a révélé que les balances et le couteau portaient des traces de hachisch.

L'intimé a reçu une mise en garde puis a été amené, avec Bonner et Hrehoriak, au poste de la police municipale d'Ottawa au 60, rue Waller. Avant de l'envoyer en cellule, l'agent Gervais a demandé à l'intimé s'il désirait faire une déclaration, mais ce dernier a refusé. Plus tard l'intimé a été amené hors de sa cellule, inculpé de possession de hachisch pour en faire le trafic et renvoyé à la même cellule.

Le 10 novembre 1976, vers 1 h 00, l'agent McKnight de la police municipale d'Ottawa, agissant en qualité d'agent double, a été placé dans une cellule de huit pieds sur huit pieds, occupée par l'intimé seul, au poste de la police municipale d'Ottawa. L'agent McKnight a été placé dans la cellule conformément aux directives de l'agent Gervais, l'agent enquêteur, afin d'obtenir des détails de l'intimé concernant l'inculpation contre lui. Au cours du procès, un voir dire a été tenu pour déterminer si l'agent Earl McKnight était une personne ayant autorité. A ce moment-là, l'agent McKnight n'était pas armé, il portait un blue-jean, une veste bleue et des bottes brunes et avait une barbe de quatre à cinq jours. Au voir dire, l'agent McKnight a témoigné que l'intimé lui avait paru normal et ne pas être sous l'influence de l'alcool. Aucun agent de police ou autre personne n'était visible de la cellule. L'agent McKnight ne s'est pas identifié comme membre de la police municipale d'Ottawa et l'intimé ne paraît pas l'avoir considéré comme tel.

L'intimé s'est adressé à l'agent McKnight dès son entrée dans la cellule en disant que ce dernier «ressemblait à un mouchard». L'agent McKnight a ri et l'intimé a ajouté qu'il ressemblait à un mouchard en raison de son habillement. L'agent McKnight a expliqué qu'il était habillé ainsi parce qu'il était allé pêcher. L'intimé a alors demandé à l'agent McKnight pourquoi il était en prison et ce dernier a répondu que c'était à cause d'une contravention aux règles de la circulation. L'agent McKnight a demandé à l'intimé pourquoi il était en prison et ce dernier a dit que c'était pour possession de hachisch. Pendant qu'il était dans la cellule, l'agent McKnight est demeuré assis à côté de l'intimé sur le seul banc disponible. L'intimé a alors dit à l'agent McKnight

for $25.00 for 3 grams, that the hash that he had been caught with had been "fronted" to him and that he would have to pay the people back $1,000 because he had been "busted". The Respondent stated that he would have made $1,800 on the drugs that he had. Constable McKnight asked if there were many drugs in the City and the Respondent replied that there were approximately 40 pounds. The Respondent also stated that he was arrested at his apartment along with his buddy who was in the next cell. During the conversation, Constable McKnight informed the Respondent that he was a truck driver from the Pembroke area and had been fishing so the Respondent would have the impression that he was not a nark and that he did not know much about drugs. Constable McKnight indicated that people in the Pembroke area were interested in drugs and that he would be interested in getting drugs; however, no deal was set up. The Respondent asked Constable McKnight when he would be getting out and he replied that a buddy would be coming down to pay the fine. The Respondent stated that he had to go to court the next morning because he was on parole respecting other charges. Constable McKnight was released from the cell at 1:07 a.m. and made his notes concerning the conversation shortly thereafter.

After Constable McKnight testified on the *voir dire* the Respondent called no evidence on the issue of whether Constable McKnight was a person in authority.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that in all the circumstances, Constable McKnight was a person in authority.

No further evidence was called by the Crown on the *voir dire* on the issue of whether the statements made by the Respondent to Constable McKnight were voluntary. The Respondent did not request any other Crown witnesses to be produced for cross-examination on the *voir dire* and did not call any evidence on this issue.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that the "continuation of the intent to obtain a statement by this disguise" puts into doubt whether the inculpatory statement had properly been elicited and was therefore inadmissible.

The Crown called no further evidence at trial and at the request of Crown Counsel and the direction of His Honour Judge Matheson, the jury returned a verdict of "not guilty" of possession.

qu'il vendait du hachisch a raison de $25 les 3 grammes, qu'il agissait à titre de «dépositaire» au moment où il a été surpris avec le hachisch et qu'il devrait rembourser $1,000 aux gens parce qu'il avait été «arrêté». L'intimé a dit que les stupéfiants qu'il avait lui auraient rapporté $1,800. L'agent McKnight lui a demandé s'il y avait beaucoup de stupéfiants dans la ville et l'intimé a répondu qu'il y en avait environ 40 livres. L'intimé a également dit qu'il avait été arrêté à son appartement avec son copain qui était dans la cellule voisine. Au cours de la conversation, l'agent McKnight a informé l'intimé qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était allé à la pêche de sorte que l'intimé ait l'impression qu'il n'était pas un mouchard et qu'il ne s'y connaissait pas vraiment en stupéfiants. L'agent McKnight a fait observer que des gens de la région de Pembroke s'intéressaient aux stupéfiants et qu'il aimerait en obtenir; toutefois, aucun marché n'a été conclu. L'intimé a demandé à l'agent McKnight quand il serait libéré et il a répondu qu'un copain viendrait payer l'amende. L'intimé a dit qu'il devait comparaître en cour le lendemain matin parce qu'il était sous libération conditionnelle relativement à d'autres accusations. L'agent McKnight a été libéré de la cellule à 1 h 07 et peu après il a consigné ses remarques relatives à la conversation.

Après que l'agent McKnight eut témoigné au voir dire, l'intimé n'a présenté aucune preuve sur la question de savoir si l'agent McKnight était une personne ayant autorité.

Après l'argumentation, le juge Matheson, a statué que compte tenu de toutes les circonstances l'agent McKnight était une personne ayant autorité.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au cours du voir dire sur la question de savoir si les déclarations de l'intimé à l'agent McKnight étaient volontaires. L'intimé n'a pas demandé que soient produits aux fins de contre-interrogatoire au voir dire, d'autres témoins du ministère public et il n'a présenté aucune preuve sur cette question.

Après l'argumentation, le juge Matheson a statué que la «continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement» fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue et donc qu'elle était irrecevable.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au procès et, à la demande du substitut du procureur général et suivant les directives du juge Matheson, le jury a rendu un verdict de «non culpabilité» de possession.

The majority of the Court of Appeal held that a new trial should be ordered. Jessup J.A. (Weatherston J.A. concurring) held that because the appellant did not consider the undercover officer to be "in authority", the statement was not governed by the special rules relating to confessions. Jessup J.A. went on to say that even if the appellant had regarded Constable McKnight as being a person in authority, the conditions laid down in *Ibrahim v. The King*[14] as to the voluntariness of an accused's statements had been met.

Dubin J.A., writing in dissent, was of the view that the trial judge was correct in excluding the statement and would have dismissed the appeal. He held that the basis of the confession rule was not merely concern over the truthfulness of the statement in issue and said that the rules respecting confessions and an accused person's right to remain silent were related. It was his opinion that a trial judge had a discretion to exclude the confession because of the way in which it was obtained.

This case should be decided in the context of the special rules which have evolved in respect of evidence which has been obtained by way of a confession. In *Phipson on Evidence*, 12th ed., at p. 337, paragraph 792, the following passage appears:

> The classic formulation of the principle applicable to the admissibility of confessions appears in Lord Sumner's speech in *Ibrahim v. R.* ([1914] A.C. 599, 609) "It has long been established as a positive rule of English criminal law that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shown by the prosecution to have been a voluntary statement in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority. The principle is as old as Hale".

Lord Sumner's statement was adopted in this Court in *Boudreau v. The King*[15] and in *R. v. Fitton*[16].

[14] [1914] A.C. 599.
[15] [1949] S.C.R. 262.
[16] [1956] S.C.R. 958.

La majorité de la Cour d'appel a statué qu'il fallait ordonner un nouveau procès. Le juge Jessup (le juge Weatherston souscrivant à son opinion) a conclu que, puisque l'appelant ne considérait pas l'agent double comme une personne «ayant autorité», la déclaration n'était pas régie par les règles spéciales relatives aux confessions. Le juge Jessup a poursuivi en disant que même si l'appelant avait considéré l'agent McKnight comme une personne ayant autorité, les conditions énoncées dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*[14], quant au caractère volontaire des déclarations de l'accusé avaient été satisfaites.

Le juge Dubin, dissident, a exprimé l'opinion que le juge du procès a eu raison d'exclure la déclaration et aurait rejeté l'appel. Il a conclu que le fondement de la règle applicable aux confessions ne se rattachait pas uniquement à l'exactitude de la déclaration en question et il a dit que les règles relatives aux confessions et au droit d'un accusé de ne rien dire étaient connexes. Il s'est dit d'avis que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'exclure une confession à cause de la façon dont elle a été obtenue.

Il faut trancher la présente affaire dans le contexte des règles spéciales qui se sont élaborées relativement à la preuve obtenue au moyen d'une confession. Dans *Phipson on Evidence*, 12e éd., à la p. 337, paragraphe 792, nous trouvons le passage suivant:

> [TRADUCTION] Nous retrouvons l'énoncé classique du principe applicable à la recevabilité des confessions dans l'avis qu'a formulé lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim v. R.* ([1914] A.C. 599, 609) «C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Ce principe remonte à lord Hale».

La déclaration de lord Sumner a été adoptée par cette Cour dans les arrêts *Boudreau c. Le Roi*[15] et *R. c. Fitton*[16].

[14] [1914] A.C. 599.
[15] [1949] R.C.S. 262.
[16] [1956] R.C.S. 958.

The first issue to be determined is whether Constable McKnight was a "person in authority" because, except in the case of a statement made to a person in authority, a statement made by an accused against his own interest is admissible against him in criminal proceedings in the same way that it would be in civil proceedings and there are no special conditions requiring the Crown to prove that the statement was voluntary.

Both parties to this appeal agree that the test to be applied in determining this issue is a subjective test, *i.e.* did the appellant, when he made the statement to McKnight, believe that McKnight was a person in authority. The Court of Appeal agreed with the application of this test. Jessup J.A. said (at p. 380):

> In my opinion the police officer in the present case was not a person in authority because he was not regarded as such by the respondent. As Kaufman J.A. says in *Admissibility of Confessions in Criminal Matters*, 2nd ed. (1974), at p. 54:
>
> > The true test, it is submitted, is highly subjective: Did the accused truly believe, at the time he made the declaration, that the person he dealt with had some degree of power over him? In other words, did the accused think that the person to whom he confessed (or as a result of whose intervention he confessed) could either make good his promise or carry out his threats? If so, such person should be treated as a person in authority and if not, the rules which attach to persons in authority need not be applied, even though the person, from a purely objective point of view, was in a position of undoubted authority.

A similar view is expressed by Freedman C.J.M. in *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972) at p. 118:

> Suppose the policeman is garbed as a prisoner and is in fact thought by the accused to be a fellow prisoner. He is then not a person in authority. The test is apparently a subjective one. The court considers the effect of the inducement on the mind of the accused in the known circumstances. Based on the knowledge of the accused, was it reasonable for him to think that the person holding out the inducement had the power

Il faut d'abord décider si l'agent McKnight était une «personne ayant autorité» parce que, sauf lorsqu'elle est faite à une personne ayant autorité, une déclaration incriminante d'un accusé est recevable contre lui dans des procédures criminelles tout comme elle le serait dans des procédures civiles et aucune condition spéciale n'exige que le ministère public établisse que la déclaration était volontaire.

Les deux parties reconnaissent que, pour trancher cette question, il faut appliquer un critère subjectif, savoir, lorsqu'il a fait sa déclaration à McKnight, l'appelant croyait-il que McKnight était une personne ayant autorité? La Cour d'appel a approuvé l'application de ce critère. Le juge Jessup a dit (à la p. 380):

> [TRADUCTION] A mon avis l'agent de police en l'espèce n'était pas une personne ayant autorité parce qu'il n'était pas considéré comme tel par l'intimé. Comme l'a dit le juge Kaufman de la Cour d'appel dans *Admissibility of Confessions in Criminal Matters*, 2e éd. (1974), à la p. 54:
>
> > Nous soumettons que le véritable critère est très subjectif: Au moment où il a fait sa déclaration, l'accusé a-t-il réellement cru que la personne à qui il s'adressait détenait un certain pouvoir sur lui? En d'autres mots, l'accusé croyait-il que la personne à qui il faisait une confession (ou à l'instigation de laquelle il a fait une confession), pouvait soit tenir sa promesse soit donner suite à ses menaces? Dans l'affirmative, cette personne doit être considérée comme une personne ayant autorité; dans la négative, il n'est pas nécessaire d'appliquer les règles relatives aux personnes ayant autorité même si la personne était, d'un point de vue purement objectif, une personne ayant autorité.

Le juge Freedman, juge en chef du Manitoba, a exprimé une opinion analogue dans *Studies in Canadian Criminal Evidence* (1972) à la p. 118:

> Supposons, par exemple, un policier vêtu comme un prisonnier et qui est considéré comme tel par l'accusé. Il n'est alors pas une personne ayant autorité. Le critère est évidemment subjectif. Les cours considèrent l'effet de l'incitation sur l'esprit de l'accusé dans les circonstances données. Selon le discernement de l'accusé, était-il raisonnable que ce dernier pense que l'instigateur pouvait tenir promesse ou donner suite à

to implement his promise or carry out his threat, as the case may be? If the answer is in the affirmative—as it is likely to be where he is manifestly dealing with the police—the inducement will be deemed to have come from a person in authority. If the answer is in the negative—as in the case where the accused confesses to another prisoner, not knowing him to be a policeman—the inducement will be treated as not having come from a person in authority.

In taking this position, Jessup J.A. was in agreement with the decisions of four provincial courts of appeal in which a subjective test was applied: *R. v. Pettipiece*[17], *R. v. Muisi (No. 1)*[18], *Metenko v. The Queen*[19] and *R. v. Stewart*[20].

I agree with Jessup J.A. that a subjective test should be applied in the circumstances of this case. I also agree with his conclusion that McKnight was not a person in authority because he was not regarded as such by the appellant. There is no evidence whatever that, at the time the appellant revealed to McKnight that he was a dealer in drugs, he believed McKnight to be a police officer. The appellant did not give evidence on the *voir dire* and so he did not express any such belief. No evidence on the *voir dire* was given on his behalf. The appellant did say to McKnight when he first spoke to him that McKnight "looked like a nark", but in the course of their conversation this suspicion was obviously dispelled. It is clear that he would not have made the admission which he did make to McKnight if he had believed that McKnight was a police officer, and that he made it because he believed McKnight to be a fellow prisoner.

Once it is accepted that the confession of the appellant was not made to a person in authority, it was properly admissible without any requirement for the Crown to establish that it was voluntary. The confession was in the same position as if it had been made to someone other than a police officer. In my opinion, it was an error of law to refuse to receive it.

[17] (1972), 7 C.C.C. (2d) 133 (B.C.C.A.).
[18] (1974), 11 N.S.R. (2d) 104 (N.S.C.A.).
[19] (1951), 101 C.C.C. 312 (Que. C.A.).
[20] (1980), 21 A.R. 300 (Alta. C.A.).

sa menace, selon le cas? Dans l'affirmative, comme ce sera vraisemblablement le cas lorsqu'il s'agit manifestement d'un policier, l'incitation sera censée émaner d'une personne ayant autorité. Dans la négative, comme lorsque l'accusé avoue à un autre prisonnier, ignorant qu'il est un policier, on considère que l'incitation n'émane pas d'une personne avant autorité.

En retenant cette théorie, le juge Jessup était d'accord avec quatre cours d'appel provinciales qui ont appliqué le critère subjectif: *R. v. Pettipiece*[17], *R. v. Muisi (No. 1)*[18], *Metenko v. The Queen*[19] et *R. v. Stewart*[20].

Je souscris à l'opinion du juge Jessup que, dans les circonstances de la présente affaire, il faut appliquer un critère subjectif. Je souscris également à sa conclusion que McKnight n'était pas une personne ayant autorité parce que l'appelant ne le considérait pas comme tel. Absolument aucune preuve n'indique qu'au moment où l'appelant a révélé à McKnight qu'il faisait le commerce des stupéfiants, il croyait que McKnight était un agent de police. L'appelant n'a pas témoigné au voir dire et donc il n'a pas dit l'avoir cru. Au voir dire, aucune preuve n'a été soumise en son nom. Lorsqu'il s'est adressé à McKnight pour la première fois, l'appelant lui a bien dit qu'il «ressemblait à un mouchard», mais, au cours de leur conversation, ce doute s'est évidemment dissipé. Il est évident qu'il n'aurait pas fait un aveu de cette nature à McKnight s'il avait cru que celui-ci était un agent de police, il l'a fait parce qu'il croyait que McKnight était un codétenu.

Une fois admis qu'elle n'avait pas été faite à une personne ayant autorité, la confession de l'appelant était recevable sans que le ministère public ait à établir qu'elle était volontaire. Il s'agissait d'une confession comme celle qui aurait été faite à une personne autre qu'un agent de police. A mon avis, c'était une erreur de la déclarer irrecevable.

[17] (1972), 7 C.C.C. (2d) 133 (C.A. C.-B.).
[18] (1974), 11 N.S.R. (2d) 104 (C.A. N.-É.).
[19] (1951), 101 C.C.C. 312 (C.A. Qué.)
[20] (1980), 21 A.R. 300 (C.A. Alta).

With great respect to the dissenting opinion of Dubin J.A., it is my view that the privilege against self-incrimination is not relevant in the circumstances of this case. The scope of the privilege against self-incrimination has been clearly defined by my brother Dickson in the case of *Marcoux and Solomon v. The Queen*[21], at pp. 768-9:

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim, *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition.

. . .

In short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally.

A claim for protection against self-incrimination can only arise where a tribunal or authority is seeking to compel an individual to disclose something which he does not wish to disclose. In the present case, there was no attempt by anyone to compel the appellant to make the disclosure which he did make. The information given by the appellant to McKnight was furnished by the appellant entirely on his own volition.

For these reasons, it is my opinion that this appeal should be dismissed. However, Jessup J.A. in his reasons went on to consider whether the appellant's confession was properly admissible even on the assumption that McKnight was a person in authority. He concluded that it was admissible. This issue was fully argued before this Court and so I will express my opinion with regard to it.

At the outset, I would point out that the trial judge, in his ruling as to the admissibility of the confession, made the following findings:

In the instant case I am satisfied that what Rothman said to Const. Earl Grant McKnight, and I might add, who was acting in the performance of his duty, would seem to have been free of both fear and [*sic*] prejudice, and free as well of hope of advantage by reason of the

[21] [1976] 1 S.C.R. 763.

Avec égards pour l'opinion dissidente du juge Dubin de la Cour d'appel, je suis d'avis que le privilège contre l'auto-incrimination ne s'applique pas dans les circonstances de l'espèce. L'étendue du privilège contre l'auto-incrimination a été clairement définie par mon collègue le juge Dickson dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*[21], aux pp. 768 et 769:

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale.

En résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général.

Une demande de protection contre l'auto-incrimination ne peut être présentée que lorsqu'un tribunal ou une autorité cherche à contraindre une personne à divulguer une chose qu'elle ne veut pas divulguer. En l'espèce, personne n'a cherché à contraindre l'appelant à faire la divulgation. C'est tout à fait de son propre gré que l'appelant a donné les renseignements à l'agent McKnight.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi. Cependant, dans ses motifs, le juge Jessup a ensuite examiné la question de savoir si la confession de l'appelant était à bon droit recevable même si l'on prenait pour acquis que McKnight était une personne ayant autorité. Il a conclu qu'elle était recevable. Cette question a été débattue à fond devant cette Cour et je formulerai mon opinion à ce sujet.

J'aimerais souligner au départ qu'en statuant sur la recevabilité de la confession, le juge du procès a tiré les conclusions suivantes:

[TRADUCTION] En l'espèce, je suis convaincu que la déclaration de Rothman à l'agent Earl Grant McKnight qui, je pourrais ajouter, agissait dans l'exécution de ses fonctions, ne semble pas être inspirée par la crainte d'un préjudice, ni par l'espoir d'un avantage du fait qu'il ait

[21] [1976] 1 R.C.S. 763.

facts that he had been mislead or tricked into believing that he was speaking to a person actually held in custody.

On these findings, the respondent had satisfied the requirements for the admission of the confession as stated in the *Ibrahim* case. The trial judge, however, refused to admit the confession because, he said:

> However, in light of the facts of this particular case, I believe that continuation of the intent to obtain a statement by this disguise puts into doubt whether the inculpatory statement had been properly elicited, and I feel that in the circumstances that I must rule against admissibility herein.

It was not, in my opinion, a sufficient basis for the refusal of the trial judge to receive the confession in evidence solely because he disapproved of the method by which it was obtained. The issue in the case was as to whether the confession was voluntary.

I have already noted that this Court has accepted Lord Sumner's statement in *Ibrahim* as to the test as to whether a confession is voluntary. In the *Boudreau* case, Rand J., in delivering his own judgment, referred to the *Ibrahim* case and said at pp. 269-70, in a statement which has been cited in this Court by Hall J. in *Piché v. The Queen*[22] at p. 37 and by Spence J. in *Ward v. The Queen*[23] at pp. 39-40:

> The cases of *Ibrahim v. Rex* [1914] A.C. 599, *Rex v. Voisin* (1918) 1 K.B. 531 and *Rex v. Prosko* 63 S.C.R. 226 lay it down that the fundamental question is whether the statement is voluntary. No doubt arrest and the presence of officers tend to arouse apprehension which a warning may or may not suffice to remove, and the rule is directed against the danger of improperly instigated or induced or coerced admissions. It is the doubt cast on the truth of the statement arising from the circumstances in which it is made that gives rise to the rule. What the statement should be is that of a man free in volition from the compulsions or inducements of authority and what is sought is assurance that that is the case. The underlying and controlling question then remains: is the statement freely and voluntarily made?

[22] [1971] S.C.R. 23.
[23] [1979] 2 S.C.R. 30.

été induit en erreur ou amené à croire par la ruse qu'il parlait à un codétenu.

Selon ces conclusions, les déclarations de l'intimé répondaient aux exigences relatives à la recevabilité d'une confession formulées dans l'arrêt *Ibrahim*. Toutefois, le juge du procès a refusé de recevoir en preuve la confession pour le motif suivant:

> [TRADUCTION] Cependant, compte tenu des faits en l'espèce, je suis d'avis que la continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue, et dans les circonstances j'estime devoir conclure qu'elle est irrecevable ici.

A mon avis, le juge du procès ne pouvait fonder son refus de recevoir en preuve la confession sur sa seule désapprobation de la méthode par laquelle elle avait été obtenue. La question en litige était de savoir si la confession était volontaire.

J'ai déjà fait remarquer que cette Cour a accepté la déclaration de lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim* quant au critère pour déterminer si une confession est volontaire. En prononçant son propre jugement dans l'arrêt *Boudreau*, le juge Rand a mentionné l'arrêt *Ibrahim* et la déclaration qu'il a faite aux pp. 269 et 270 a été citée par le juge Hall de cette Cour dans l'arrêt *Piché c. La Reine*[22] à la p. 37 et par le juge Spence dans l'arrêt *Ward c. La Reine*[23] aux pp. 39 et 40:

> [TRADUCTION] Les affaires *Ibrahim v. Rex* [1914] A.C. 599, *Rex v. Voisin*, (1918) 1 K.B. 531 et *Rex c. Prosko*, 63 R.C.S. 226 posent en principe que la question fondamentale est d'établir si la déclaration est volontaire. Sans aucun doute, l'arrestation et la présence des policiers tendent à susciter une certaine crainte qu'une mise en garde peut suffire ou ne pas suffire à dissiper; la règle vise à écarter le risque d'aveux provoqués irrégulièrement, soutirés ou extorqués. C'est le doute que les circonstances où elle est faite font naître sur la véracité de la déclaration qui donne lieu à la règle. La déclaration doit être celle d'une personne dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité et ce que l'on recherche c'est l'assurance que tel est bien le cas. La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement?

[22] [1971] R.C.S. 23.
[23] [1979] 2 R.C.S. 30.

This statement was construed by Pickup C.J.O., in *R. v. Fitton*[24] at pp. 714-5 in the following manner:

> In my opinion, the Crown does not discharge the onus resting upon it by merely adducing oral testimony showing that an incriminating statement made by an accused person was not induced by a promise or by fear of prejudice or hope of advantage. That statement of the rule of law is too narrow. The admissions must not have been "improperly instigated or induced or coerced": per Rand J. in *Boudreau v. The King, supra*, at p. 269. The admissions must be self-impelled, and the statement must be the statement of a man "free in volition from the compulsions or inducements of authority". The statement must be "freely and voluntarily made". Applying that principle to the particular facts in this case, I have reached the conclusion that the Crown has failed to show that the oral statement made by the appellant, or the written statement made by him immediately afterwards, was free and voluntary.

On the appeal in that case to this Court it was held that the decision of the Court in *Boudreau* did not extend in any way the rule laid down in *Ibrahim* and that it was still the law that a statement is admissible in evidence if it is shown that it was voluntary in the sense that it has not been obtained by fear or prejudice or the hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

Rand J., at pp. 962-3, said:

> The Chief Justice of Ontario, speaking for the majority of the Court of Appeal, has treated the expression "freely and voluntarily", used in *Boudreau v. The King*, as if it connoted only a spontaneous statement, one unrelated to anything as cause or occasion in the conduct of the police officers; but with the greatest respect that is an erroneous interpretation of what was there said. The language quoted must be read primarily in the light of the matters that were being considered. As the opening words show, there was no intention of departing from the rule as laid down in the authorities mentioned; the phrase "free in volition from the compulsions or inducements of authority" (*Boudreau v. The King, supra*, at p. 269) means free from the compulsion of apprehension of prejudice and the inducement of hope for advantage, if an admission is or is not made. That fear or hope could be instigated, induced or coerced, all

[24] [1956] S.C.R. 958, revising [1956] O.R. 696.

Cette déclaration a été interprétée comme suit par le juge Pickup, juge en chef de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Fitton*[24] aux pp. 714 et 715:

> [TRADUCTION] A mon avis, le ministère public ne se libère pas de son obligation simplement en présentant des témoignages qui établissent que la déclaration incriminante de l'accusé n'a pas été obtenue par une promesse ou la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage. Cette formulation de la règle de droit est trop restreinte. Les aveux ne doivent pas avoir été «provoqués irrégulièrement, soutirés ou extorqués»: le juge Rand dans *Boudreau c. Le Roi*, précité, à la p. 269. Les aveux doivent être faits volontairement et la déclaration doit être celle d'un homme «dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité». La déclaration doit être «faite librement et volontairement». Appliquant ce principe aux faits particuliers de l'espèce, j'en viens à la conclusion que le ministère public n'a pas réussi à démontrer que la déclaration verbale faite par l'appelant, ou la déclaration écrite qu'il a faite immédiatement après, étaient libres et volontaires.

Quand cette Cour a été saisie de cette affaire en appel, elle a statué que son arrêt *Boudreau* n'élargissait en aucune façon la règle formulée dans l'arrêt *Ibrahim* et qu'en droit une déclaration demeurait recevable en preuve si l'on établissait qu'elle a été faite volontairement, c.-à-d. qu'elle n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité.

Le juge Rand a dit aux pp. 962 et 963:

> [TRADUCTION] Parlant au nom de la majorité de la Cour d'appel, le Juge en chef de l'Ontario a considéré l'expression «librement et volontairement», employée dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*, comme si elle désignait seulement une déclaration spontanée, aucunement reliée à une autre chose qui serait la cause ou l'occasion à l'origine du comportement des agents de police; avec égards, c'est là une interprétation erronée de ce qui a été dit dans cet arrêt. Il faut interpréter le texte cité dans le contexte des questions qui étaient examinées. Comme l'indiquent les premiers mots, on ne voulait pas s'écarter de la règle formulée dans la jurisprudence mentionnée; l'expression «dont la volonté est libre de contraintes ou d'incitations de l'autorité» (*Boudreau c. Le Roi*, précité, à la p. 269) signifie libre des contraintes ou de la crainte d'un préjudice et de l'espoir d'un avantage possible, selon qu'il y a aveu ou pas. La crainte ou l'espoir

[24] [1956] R.C.S. 958, infirmant [1956] O.R. 696.

these terms referring to the element in the mind of the confessor which actuated or drew out the admission.

In an earlier passage at p. 962 he had said:

The rule on the admission of confessions, which, following the English authorities, was restated in *Boudreau v. The King*, at times presents difficulty of application because its terms tend to conceal underlying considerations material to a determination. The cases of torture, actual or threatened, or of unabashed promises are clear; perplexity arises when much more subtle elements must be evaluated. The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them.

The admissibility of a confession was under consideration by this Court in two recent cases. In *Horvath v. The Queen*[25], the accused voluntarily underwent an interview by a police polygraph operator lasting for four hours. There was a taped transcript of what he said. During the interview, the police officer left the accused alone three times. During these intervals, the accused reflected aloud in what were called monologues or soliloquies. During the second monologue, the accused admitted killing his mother. After the second monologue, the accused repeated his confession to the police officer. In the third monologue, he asked his mother's forgiveness for having disclosed the incident. Following that, the accused signed a written confession.

The trial judge accepted the opinion of a psychiatrist that up to the end of the second monologue the accused was in a light hypnotic state. He rejected the confession because the accused, for a sizeable part of the interview immediately prior to the confession, had been in an hypnotic state.

In this Court, three members of the seven-man panel supporting the judgment of the Court of

[25] [1979] 2 S.C.R. 376.

peuvent être provoqués, occasionnés ou suscités, toutes ces expressions s'appliquant à l'esprit du confesseur qui a incité ou obtenu l'aveu.

Dans un passage précédent, à la p. 962, il avait dit:

[TRADUCTION] La règle sur la recevabilité des confessions qui, conformément à la jurisprudence anglaise, a été reformulée dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*, est parfois difficile d'application parce que sa formulation tend à dissimuler des considérations sous-jacentes pertinentes à la décision. Les cas de torture ou de menaces de torture ou de promesses éhontées sont clairs; la situation se complique lorsque des éléments beaucoup plus subtils doivent être évalués. La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter.

Cette Cour s'est penchée sur la recevabilité d'une confession dans deux arrêts récents. Dans l'arrêt *Horvath c. La Reine*[25], l'accusé s'est volontairement entretenu pendant environ quatre heures avec un opérateur de détecteur de mensonges. Toute la conversation a été enregistrée. A trois reprises, pendant l'entretien, l'agent a laissé l'appelant seul dans la pièce. Pendant ces laps de temps l'appelant réfléchissait à haute voix, se livrant à ce qu'on a appelé des monologues ou des soliloques. Pendant le deuxième monologue l'appelant a avoué avoir tué sa mère. Après le deuxième monologue l'appelant a réitéré ses aveux à l'agent de police. Pendant le troisième monologue, l'appelant a demandé à sa mère de lui pardonner d'avoir dévoilé l'incident. A la fin, l'accusé a signé une confession écrite.

Le juge du procès a accepté l'opinion d'un psychiatre que jusqu'à la fin du deuxième monologue l'accusé était dans un état d'hypnose légère. Il a refusé d'admettre la confession parce que pendant une partie appréciable de l'entretien et immédiatement avant de passer aux aveux, l'accusé était dans un état d'hypnose.

Trois juges de cette Cour, sur les sept qui ont entendu ce pourvoi, ont appuyé l'arrêt de la Cour

[25] [1979] 2 R.C.S. 376.

Appeal for British Columbia held the confession to be admissible as the hypnotic state had ended before the written confession was made and there was no evidence that it had been obtained by fear of prejudice or hope of advantage. Two members of the majority held the confession to be inadmissible because, in all the circumstances, it was not free and voluntary. Spence J., at p. 408, said:

> In my respectful opinion, the judgment of this Court in *Fitton* must be limited so as not to rule admissible statements made by the accused when not induced by hope of advantage or fear or prejudice but which are certainly not voluntary in the ordinary English sense of the word because they were induced by other circumstances such as existed in the present case.

The other two members of the majority held that the confession was not admissible, holding that unconsented hypnosis induced by a person in authority should be added to the motives for exclusion mentioned in *Ibrahim*. The written confession, though made after the accused was in a state of hypnosis, flew directly from the earlier statement made while under hypnosis. Therefore it was not voluntary.

Ward v. The Queen[26] was concerned with the admissibility of a confession in a case involving a charge of criminal negligence in the operation of a motor vehicle. This was a single vehicle accident. The accused and his lady friend, the deceased, were found on the ground outside the vehicle. He was unconscious and had to be revived by mouth to mouth resuscitation administered by the occupants of the first vehicle to arrive after the accident. In issue in the case was whether the accused or the deceased was operating the vehicle at the time of the accident.

The police interviewed the accused about half an hour after the accident occurred and at the hospital some five or six hours later. To the police he admitted that he was the driver of the vehicle, although earlier, in response to a question from the person who had revived him, he said that he was not. On the *voir dire*, he said he could remember nothing from the time he was in the Palliser Hotel,

[26] [1979] 2 S.C.R. 30.

d'appel de la Colombie-Britannique et conclu que la confession était recevable puisque l'état d'hypnose était terminé avant que les aveux écrits ne soient faits et qu'aucune preuve n'indiquait qu'ils avaient été obtenus par crainte d'un préjudice ou espoir d'un avantage. Deux membres de la majorité ont conclu que la confession n'était pas recevable parce que, étant donné toutes les circonstances, elle n'était pas libre et volontaire. Le juge Spence a dit à la p. 408:

> A mon avis, il faut restreindre la portée de l'arrêt *Fitton*, de manière à ne pas juger recevable une déclaration faite par un accusé qui, sans être provoquée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, n'est certainement pas volontaire au sens ordinaire de ce terme en anglais parce qu'elle l'a été par d'autres circonstances comme c'est le cas en l'espèce.

Deux autres membres de la majorité ont conclu que la confession n'était pas recevable, parce qu'une hypnose provoquée sans consentement par une personne ayant autorité devait être ajoutée au motif d'exclusion mentionné dans l'arrêt *Ibrahim*. La confession écrite, bien qu'elle ait été faite après que l'accusé fut sorti d'un état d'hypnose, découlait directement de la déclaration antérieure faite sous hypnose. Donc elle n'était pas volontaire.

L'affaire *Ward c. La Reine*[26] portait sur la recevabilité d'une confession dans une affaire de négligence criminelle dans la conduite d'un véhicule à moteur. Cet accident n'impliquait qu'un seul véhicule. L'accusé et sa compagne, la défunte, ont été trouvés sur le sol à l'extérieur de la voiture. Il était inconscient et a dû être ranimé par la respiration artificielle qui a été pratiquée par les occupants du premier véhicule arrivé sur les lieux de l'accident. La question en litige était de savoir qui de l'accusé ou de la victime conduisait le véhicule au moment de l'accident.

La police a interrogé l'accusé environ une demi-heure après l'accident puis à l'hôpital quelque cinq ou six heures plus tard. Il a admis à l'agent de police qu'il conduisait le véhicule bien que plus tôt il ait dit à la personne qui l'avait ranimé qu'il n'était pas le conducteur. Au cours du voir dire, il a déclaré ne se souvenir de rien depuis le moment où il était à l'hôtel Palliser, Calgary, quelques

[26] [1979] 2 R.C.S. 30.

Calgary, some hours before the accident. His doctor at the hospital said the accused could answer simple questions but was unable to tell him what had happened.

Spence J., delivering the judgment of the Court, cited the passage above quoted from the reasons of Rand J. in *Boudreau* and stressed the concluding words "The underlying and controlling question then remains: is the statement freely and voluntarily made?" He went on to say at p. 40:

I have underlined the last sentence in Rand J.'s statement to indicate that in my view the examination of whether there was any hope of advancement or fear of prejudice moving the accused to make the statements is simply an investigation of whether the statements were "freely and voluntarily made". In my view, there is a further investigation of whether the statements were freely and voluntarily made even if no hope of advantage or fear of prejudice could be found in consideration of the mental condition of the accused at the time he made the statements to determine whether or not the statements represented the operating mind of the accused. In my view, Manning J. engaged in a consideration of both the mental and physical condition of the accused, firstly, to determine whether a person in his condition would be subject to hope of advancement or fear of prejudice in making the statements, when perhaps a normal person would not, and, secondly, to determine whether, due to the mental and physical condition, the words could really be found to be the utterances of an operating mind. Manning J. had a reasonable doubt of both issues and, therefore, found the statements to be inadmissible. It is not denied that a reasonable doubt on the part of the trial judge upon the issue is sufficient to justify his refusal to admit the statements in evidence.

Horvath and *Ward* are cases in which, although there had been no fear of prejudice or hope of advantage held out by a person in authority, the confessions were excluded essentially because of the existence of a reasonable doubt as to whether the confession in question was "the utterance of an operating mind".

The same question arose in the case of *Nagotcha v. The Queen*[27]. In that case the trial judge admitted in evidence inculpatory statements

[27] [1980] 1 S.C.R. 714.

heures avant l'accident. Le médecin qui l'a traité à l'hôpital a dit que l'accusé pouvait répondre à des questions simples mais qu'il était incapable de lui dire ce qui était arrivé.

Prononçant l'arrêt de la Cour, le juge Spence a cité le passage susmentionné des motifs du juge Rand dans *Boudreau* et a insisté sur les derniers mots «La question fondamentale et décisive est donc celle-ci: la déclaration a-t-elle été faite librement et volontairement?» Il a poursuivi en disant à la p. 40:

J'ai souligné la dernière phrase de cet extrait pour indiquer qu'à mon avis, lorsque l'on cherche à savoir s'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice incitant l'accusé à faire des déclarations, on essaie simplement de savoir si les déclarations ont été «faites librement et volontairement». A mon avis, il faut en outre, même lorsqu'on ne peut établir qu'il y a eu espoir d'un avantage ou crainte d'un préjudice, se demander si les déclarations ont été faites librement et volontairement, compte tenu de l'état mental de l'accusé au moment où il les a faites pour déterminer si elles reflètent l'état d'esprit conscient de l'accusé. A mon avis, le juge Manning a pris en considération l'état physique et mental de l'accusé tout d'abord pour décider si une personne dans son état pouvait être influencée par l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice en faisant les déclarations, alors qu'une personne normale ne l'aurait peut-être pas été et, deuxièmement, pour décider si, vu l'état mental et physique, on peut vraiment reconnaître dans ces paroles les propos d'un esprit totalement conscient. Le juge Manning avait un doute raisonnable sur ces deux points et a donc jugé les déclarations irrecevables. On ne nie pas qu'un doute raisonnable du juge du procès sur la question suffit à justifier son refus d'admettre les déclarations en preuve.

Dans les arrêts *Horvath* et *Ward*, malgré l'absence de la crainte d'un préjudice ou de l'espoir d'un avantage promis par une personne ayant autorité, les confessions ont été jugées irrecevables principalement en raison d'un doute raisonnable quant à savoir si la confession en question était «les propos d'un esprit totalement conscient».

La même question s'est posée dans l'affaire *Nagotcha c. La Reine*[27] . Dans cette affaire le juge du procès a admis en preuve certaines déclarations

[27] [1980] 1 R.C.S. 714.

made by the accused on the day of his arrest and a few months later when he was being taken to a mental health centre after being remanded there by a Provincial Court Judge.

The accused did not give evidence on the *voir dire*, but evidence was given by a psychiatrist that he diagnosed the accused as a paranoid schizophrenic. He testified that the accused, initially, was not fit to stand trial, but his condition improved under treatment and no issue was raised as to his fitness when the trial began. Insanity was not raised as a defence.

Chief Justice Laskin, delivering the judgment of the Court upholding the ruling of the trial judge, said at p. 716:

It is clear that there was evidence upon which the trial Judge could act in holding that the inculpatory statements were admissible, and it would be going too far to hold, as an invariable rule, that inculpatory statements by an insane man were *ipso facto* inadmissible: see *Sinclair v. The King* (1946), 73 C.L.R. 316; *R. v. Basto* (1954), 91 C.L.R. 628. The main contention that the trial Judge had applied the wrong test of voluntariness, in respect of statements by a paranoid schizophrenic was based on an alleged distinction between the test expressed in *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, [21 C.R.N.S. 323, [1973] 3 W.W.R. 113], a judgment of the British Columbia Court of Appeal and the test expressed by this Court in the judgment delivered by Spence J., in *Ward v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 30, [(1979), 44 C.C.C. (2d) 498, 94 D.L.R. (3d) 18], O'Driscoll J., was said to have adopted the *Santinon* test, and it was submitted that the *Ward* case, which had not yet been decided at the time that the accused was tried, prescribed a different test, one more favourable to the accused. This is not the way that I read the two cases.

He went on to quote from the judgment of Bull J.A. in *Santinon* and that of Spence J. in *Ward* and held that the trial judge, although he had not, in terms, used the words "operating mind", had addressed himself to the proper considerations.

I have reviewed the authorities in this Court with a view to showing that, in determining the admissibility of a confession to a person in author-

incriminantes faites par l'accusé le jour de son arrestation et quelques mois plus tard lorsqu'il a été renvoyé à un centre psychiatrique par un juge de la Cour provinciale.

L'accusé n'a pas témoigné au voir dire mais un psychiatre a témoigné avoir diagnostiqué que l'appelant souffrait de schizophrénie paranoïaque. Il a témoigné qu'au départ l'accusé était incapable de subir son procès mais que son état s'était amélioré par suite de traitements et sa capacité de subir son procès n'a pas été contestée lorsque le procès a débuté. L'aliénation mentale n'a pas été invoquée en défense.

Le juge en chef Laskin, prononçant le jugement de la Cour qui a maintenu la décision du juge du procès, a dit à la p. 716:

Il est clair qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le juge du procès pouvait se fonder pour décider que les déclarations incriminantes étaient admissibles; ce serait aller trop loin que d'adopter, comme règle invariable, que les déclarations incriminantes d'un aliéné sont *ipso facto* inadmissibles: voir *Sinclair v. The King*, (1946), 73 C.L.R. 316; *R. v. Basto* (1954), 91 C.L.R. 628. C'est sur une supposée distinction entre le critère formulé dans un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *R. v. Santinon* (1973), 11 C.C.C. (2d) 121, [21 C.R.N.S. 323, [1973] 3 W.W.R. 113], et celui énoncé par cette Cour dans le jugement prononcé par le juge Spence dans *Ward c. la Reine*, [1979] 2 R.C.S. 30, [(1979), 44 C.C.C. (2d) 498, 94 D.L.R. (3d) 18], que se fonde l'argument principal que le juge du procès a appliqué le mauvais critère quant au caractère volontaire, à l'égard de déclarations faites par un schizophrène paranoïaque. On a dit que le juge O'Driscoll avait adopté le critère énoncé dans l'arrêt *Santinon*, et on fait valoir que l'arrêt *Ward*, qui n'avait pas été rendu à l'époque où le procès de l'accusé a eu lieu, prescrit un critère différent, plus favorable à ce dernier. Ce n'est pas là mon interprétation de ces deux arrêts.

Il a poursuivi en citant un extrait du jugement du juge Bull de la Cour d'appel dans l'arrêt *Santinon* et du juge Spence dans l'arrêt *Ward* et a conclu que, bien qu'il n'ait pas employé l'expression «état d'esprit conscient», le juge du procès avait tenu compte des éléments appropriés.

J'ai examiné la jurisprudence de cette Cour afin d'établir que, pour décider de la recevabilité d'une confession faite à une personne ayant autorité, la

ity, the Court is not immediately concerned with the truth or reliability of the statement made by the accused, but with the question as to whether the statement he has made was free and voluntary, within the stated rules and whether the confession was the utterance of an operating mind.

It has been suggested that this Court adopted a new rule respecting the admissibility of confessions in its judgment in the case of *Alward and Mooney v. The Queen*[28]. I do not agree for the following reasons.

In that case the appellants had been charged with a murder which occurred in connection with a robbery. At the outset of his judgment, Spence J., who spoke for the majority of the Court, pointed out, at p. 561, that although the appellant had submitted a number of grounds for appeal, counsel for the Crown, respondent, had been called upon to reply only to submissions in reference to three grounds:

1. The admissibility of evidence of similar acts.
2. The judge's charge as to intoxication.
3. The application of s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

The statements of the accused relating to the charge of murder were found by the trial judge to have been voluntarily made and the Court of Appeal agreed. Counsel for the respondent was not called upon to submit argument to this Court on that issue.

Limerick J.A., who delivered the reasons for the Court of Appeal for New Brunswick[29], dealt with the admissibility of all of the statements made by the accused, and not only those concerning the commission of the offence charged, in the following fashion, at pp. 431-2:

The trial Judge found that all the statements given or made by the appellant were voluntarily given. The evidence does not disclose that he erred therein. The rule as originally applied was that no statement made by an accused is admissible in evidence against him unless it be shown by the prosecution to have been a voluntary statement in the sense that it has not been obtained from

[28] [1978] 1 S.C.R. 559.
[29] (1976), 32 C.C.C. (2d) 416.

Cour ne doit pas s'interroger directement sur l'exactitude ou la véracité de la déclaration faite par l'accusé, mais qu'elle doit plutôt chercher à savoir si la déclaration a été faite librement et volontairement, suivant les règles et si l'on reconnaît dans cette confession les propos d'un esprit totalement conscient.

On a prétendu que cette Cour a adopté une nouvelle règle relativement à la recevabilité des confessions dans l'arrêt *Alward et Mooney c. La Reine*[28]. Je n'accepte pas cette prétention pour les raisons suivantes.

Dans cette affaire les appelants ont été accusés de meurtre au cours d'un vol qualifié. Au début de ses motifs, le juge Spence, parlant pour la majorité de la Cour, a fait remarquer, à la p. 561, que bien que les appelants aient présenté un grand nombre de moyens d'appel, on avait demandé au substitut du procureur général, intimé, de ne répondre qu'à trois d'entre eux, savoir:

1. L'admissibilité de la preuve d'actes similaires.
2. L'exposé du juge du procès sur l'ivresse.
3. L'application du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

Le juge du procès a conclu que les déclarations de l'accusé relatives à l'inculpation de meurtre étaient volontaires et la Cour d'appel a souscrit à cette opinion. Cette Cour n'a pas demandé à l'intimé de plaider sur cette question.

Le juge Limerick qui a prononcé les motifs de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick[29] a traité comme suit de la recevabilité de toutes les déclarations faites par l'accusé et non pas seulement celles concernant la perpétration de l'infraction imputée aux pp. 431 et 432:

[TRADUCTION] Le juge du procès a conclu que toutes les déclarations données ou faites par l'appelant étaient volontaires. La preuve n'indique pas qu'il se soit trompé sur ce point. Suivant la règle initialement appliquée, aucune déclaration faite par l'accusé n'est recevable en preuve contre lui à moins que la poursuite n'établisse qu'il s'agit d'une déclaration volontaire en ce sens qu'elle

[28] [1978] 1 R.C.S. 559.
[29] (1976), 32 C.C.C. (2d) 416.

him either by fear of prejudice or hope of favour or advantage exercised or held out by some one in authority. The term "voluntary" must always be interpreted in this special sense and not in the sense of being spontaneous. The fact that some questions may be asked which induce the statement does not destroy the voluntariness of the statement. This rule of English criminal law has been adopted by our Courts, which have also, to a large extent, adopted, by case law, the further English rule of Court that the statement to be admissible must not be obtained by oppression. I can find no evidence of such oppression in this case as would justify the Court in setting aside the finding of the trial Judge.

The fact that Constable Munn said to Sergeant Scott in the presence of the appellant that the old man has regained consciousness and will be able to identify his assailants,—although untrue, and might induce a sense of fear in the appellant, would not render the statement inadmissible. The fear contemplated by the rule of evidence is not a fear of being caught or identified or a fear induced by the accused's guilty conscience but a fear of reprisal if he failed to talk or give the statement.

The principle on which the rule is founded is that the accused may have been induced or influenced to say what is untrue and, if being uncertain whether the statement is true, it would be unsafe to receive a statement made under any influence of hope or fear.

The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.

It is the last paragraph in this quotation which it is contended stated a new test as to the admissibility of a statement. It should be noted, however, that Limerick J.A. at the beginning of the passage quoted the rule as to voluntariness "adopted by our Courts". The paragraph in question is related to the untruthful statement made by the police officers to the accused to the effect that the victim had regained consciousness and would be able to identify his assailants. When this paragraph is read in context, I do not regard it as seeking to break new ground as to the law governing the admissibility of confessions. Limerick J.A. properly directed himself to the issue of voluntariness, and, significantly, did not exclude the statements because they were induced by deception.

n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne ayant autorité. Il faut toujours interpréter le terme «volontaire» dans ce sens particulier et non pas dans le sens d'être spontané. Le fait qu'on ait pu poser certaines questions de façon à susciter la déclaration ne détruit pas le caractère volontaire de la déclaration. Cette règle de droit pénal anglais a été adoptée par nos cours qui ont également adopté, dans une large mesure, par la jurisprudence, l'autre règle de pratique anglaise suivant laquelle la déclaration, pour être recevable, ne doit pas avoir été obtenue par oppression. En l'espèce je ne peux trouver aucune preuve d'oppression qui permettrait à la Cour d'annuler la conclusion du juge du procès.

Le fait que l'agent Munn ait dit au sergent Scott en la présence de l'appelant que le vieil homme avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants, bien que cela ait été faux et susceptible de susciter la crainte chez l'appelant, ne rend pas la déclaration irrecevable. La crainte envisagée par la règle de preuve n'est pas la crainte d'être surpris ou identifié ni la crainte inspirée par la conscience coupable de l'accusé, mais une crainte de représailles s'il refuse de parler ou de faire la déclaration.

Le principe qui sous-tend la règle est que l'accusé peut avoir été incité ou amené à faire une fausse déclaration et, dans l'incertitude quant à l'exactitude de la déclaration, il serait imprudent d'accepter une déclaration faite sous l'influence de la crainte ou de l'espoir.

Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi que personne n'a usé de son autorité pour inciter les accusés à faire des déclarations pouvant être fausses? Le ministère public a rempli cette exigence.

On prétend que le dernier paragraphe de cette citation formule un nouveau critère quant à la recevabilité de la déclaration. Il faudrait noter, toutefois, qu'au début du passage précité le juge Limerick cite la règle quant au caractère volontaire «adoptée par nos cours». L'alinéa en question se rapporte à la fausse déclaration faite par les agents de police à l'accusé que la victime avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants. Lu dans ce contexte, je ne crois pas que cet alinéa élargisse le droit régissant la recevabilité des confessions. Le juge Limerick a correctement examiné la question du caractère volontaire et, ce qui est significatif, n'a pas exclu les déclarations parce qu'elles avaient été incitées par tromperie.

In his reasons in this Court, Spence J. recited from the judgment of Limerick J.A. the three reasons which had been given by the trial judge for admitting the statements of the accused about the other occurrences, *i.e.* two robberies in motels in which they had been involved. The admissibility of evidence as to similar acts was one of the three points on which the Court heard argument.

Spence J. then went on to say at pp. 562-3:

> Limerick J.A. concluded after discussing the evidence as to the statements in detail:
>
> > The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.
>
> This Court agreed with that conclusion.

In light of this background, I do not agree that it can be said that this Court in this casual and indirect manner had adopted any new test for the admissibility of a confession. That this is so is made manifest by the fact that in the *Horvath* case, decided less than two years later, Spence J., in his reasons, made no reference to the *Alward* case. His remarks were directed to the scope of the judgment in *Fitton*. Had he considered that the *Alward* case defined a new test for the admissibility of a confession, he would certainly have applied it in the *Horvath* case.

What is significant in the *Alward* case, in relation to the present appeal, is that this Court accepted as admissible statements made by the accused notwithstanding the fact that the police had knowingly given to the accused false information to the effect that the victim had regained consciousness and would be able to identify his assailants. There is no suggestion in *Alward* that the confession could be excluded by the trial judge because of this conduct.

In my opinion the effect of the judgments in this Court as to the admissibility of confessions is that in order to render the confession admissible the Crown must meet the requirements stipulated in *Ibrahim*. Even when this has been done, there may

Dans les motifs qu'il a rendus pour cette Cour, le juge Spence a cité, du jugement du juge Limerick, les trois raisons que le juge du procès a invoquées pour recevoir en preuve les déclarations de l'accusé concernant les autres incidents, soit deux vols commis dans des motels et dans lesquels ils étaient impliqués. La recevabilité d'une preuve d'actes similaires est l'un des trois moyens sur lesquels la Cour a entendu des plaidoiries.

Le juge Spence s'est exprimé comme suit aux pp. 562 et 563:

> Après avoir longuement analysé la preuve relative aux déclarations, le juge Limerick a conclu:
>
> > [TRADUCTION] Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi que personne n'a usé de son autorité pour inciter les accusés à faire des déclarations pouvant être fausses? Le ministère public a rempli cette exigence.
>
> Cette Cour a partagé cette conclusion.

Compte tenu de ces faits, je ne crois pas que l'on puisse dire que cette Cour, de cette façon fortuite et indirecte, a adopté un nouveau critère pour la recevabilité d'une confession. Cela est confirmé par le fait que dans l'arrêt *Horvath*, rendu moins de deux ans plus tard, le juge Spence, dans ses motifs, n'a fait aucune mention de l'arrêt *Alward*. Ses remarques se rapportaient à la portée de l'arrêt *Fitton*. S'il avait été d'avis que l'arrêt *Alward* formulait un nouveau critère de recevabilité d'une confession il l'aurait certainement appliqué dans l'arrêt *Horvath*.

Ce qui est significatif dans l'arrêt *Alward*, relativement au présent pourvoi, est que cette Cour a jugé recevable des déclarations faites par l'accusé malgré le fait que l'agent de police avait volontairement donné à l'accusé de faux renseignements suivant lesquels la victime avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants. Rien ne laisse croire dans l'arrêt *Alward* que le juge du procès pouvait exclure cette confession en raison de cette manière d'agir.

A mon avis, l'effet des arrêts de cette Cour quant à la recevabilité des confessions est que pour qu'une confession soit recevable le ministère public doit remplir les exigences énoncées dans l'arrêt *Ibrahim*. Même lorsque cela a été fait, certaines

be circumstances involved in connection with the obtaining of the confession from which the Court may conclude that the confession was not free and voluntary, *e.g.* as in *Horvath* and *Ward* where there is a reasonable doubt as to whether the statement was the utterance of an operating mind. In such a case, the confession is not admissible.

The judgment of the Ontario Court of Appeal in *R. v. McLeod*[30] is of interest in this connection. Laskin J.A. (as he then was) delivering the judgment of the Court, said at pp. 103-4:

> The accused, appellant, was with the police at a station for about an hour during which she was questioned and gave a statement; and following this she was charged.
>
> Two officers were present during the questioning which was conducted by one only. He tried, as he said, to put her at her ease, by questions not directed to the robbery, and then proceeded to narrate the sequence of events on the night of the robbery. Getting no response from the accused, he then told her that the complainant was still unconscious, in hospital and on the critical list. These were lies, as the officer admitted. The accused, who also gave this account of what the officer told her, said in her evidence on the "trial within the trial" that she became frightened, started to cry and proceeded to make a statement. The officer took her into a smaller room, asked her to repeat her story and typed it. The accused hung back when asked to sign the typed statement, but did so after (according to her evidence) the officer told her that it would not incriminate her.
>
> The general principles of law respecting the admissibility of inculpatory statements have been authoritatively stated for this Court by the Supreme Court of Canada in *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262, 7 C.R. 427, 94 C.C.C. 1, [1949] 3 D.L.R. 81, and reaffirmed in *Regina v. Fitton*, [1956] S.C.R. 958, 24 C.R. 371, 116 C.C.C. 1, 6 D.L.R. (2d) 529, 10 Can. Abr. (2nd) 6479. But as Rand and Kellock JJ. pointed out in the latter case (at p. 962), these principles at times present difficulty of application because their terms tend to conceal underlying considerations material to a determination; and they continue:
>
> "The case of torture, actual or threatened, or of unabashed promises are clear; perplexity arises when

[30] (1968), 5 C.R.N.S. 101.

circonstances relatives à l'obtention de la confession peuvent permettre à la Cour de conclure que la confession n'était pas libre et volontaire, par exemple, les affaires *Horvath* et *Ward* où il y avait un doute raisonnable quant à savoir si la déclaration était la manifestation d'un esprit totalement conscient. En pareil cas la confession est irrecevable.

L'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. McLeod*[30] présente un intérêt à ce point de vue. Le juge Laskin (maintenant Juge en chef du Canada) prononçant l'arrêt de la Cour d'appel a dit aux pp. 103 et 104:

> [TRADUCTION] L'accusée, appelante, a passé une heure environ au poste avec les policiers au cours de laquelle elle a été interrogée et a fait une déclaration; ensuite elle a été inculpée.
>
> Deux agents de police étaient présents pendant l'interrogatoire auquel un seul a participé. Il a cherché, dit-il, à la mettre à l'aise, par des questions non liées au vol, et a ensuite relaté la suite des événements survenus la nuit du vol. N'obtenant aucune réponse de l'accusée, il lui a ensuite dit que la victime était toujours inconsciente à l'hôpital et qu'elle était dans un état critique. L'agent de police a admis qu'il s'agissait là de mensonges. L'accusée qui a également fait ce récit de ce que l'agent lui avait dit, a témoigné au voir dire qu'elle était devenue effrayée, qu'elle avait commencé à pleurer et qu'elle avait commencé à faire une déclaration. L'agent l'a amenée dans une pièce plus petite, lui a demandé de répéter son histoire et l'a dactylographiée. L'accusée a hésité lorsque l'agent lui a demandé de signer mais (selon son témoignage) a accepté après que l'agent lui eut dit que sa déclaration ne l'incriminerait pas.
>
> Les principes de droit généraux relatifs à la recevabilité des déclarations incriminantes ont été péremptoirement formulés pour cette cour par la Cour suprême du Canada dans *Boudreau c. Le Roi*, [1949] R.C.S. 262, 7 C.R. 427, 94 C.C.C. 1, [1949] 3 D.L.R. 81, et réaffirmés dans *Regina c. Fitton*, [1956] R.C.S. 958, 24 C.R. 371, 116 C.C.C. 1, 6 D.L.R. (2d) 529, 10 Can. Abr. (2nd) 6479. Mais, comme les juges Rand et Kellock l'ont fait remarquer dans ce dernier arrêt (à la p. 962), ces principes présentent parfois des difficultés d'application parce que leur formulation tend à dissimuler des considérations sous-jacentes pertinentes à la décision; et ils poursuivent:
>
> «Les cas de torture ou de menaces de torture ou de promesses éhontées sont clairs; la situation se compli-

[30] (1968), 5 C.R.N.S. 101.

much more subtle elements must be evaluated. The strength of mind and will of the accused, the influence of custody or its surroundings, the effect of questions or of conversation, all call for delicacy in appreciation of the part they have played behind the admission, and to enable a Court to decide whether what was said was freely and voluntarily said, that is, was free from the influence of hope or fear aroused by them."

I hold in the present case, contrary to the ruling of the trial Judge, that the Crown has not discharged the burden of proof resting upon it in the matter at issue.

In so holding, I do not rule out as a matter of law all stratagems that the police or persons in authority may employ in questioning a person under arrest. The issue in every case, under the governing law, must be whether they operate or are calculated to operate upon the person to rouse hope of advantage or fear of prejudice, or by their oppressiveness (to borrow a term from the English Judges' Rules) put in doubt at least whether any ensuing inculpatory statement has been properly elicited. In my view, reinforced by a reading of the whole record, the lies and associated incidents in this case had the forbidden effect in inducing the incriminating statement.

Jessup J.A., who was a member of the Court which decided the *McLeod* case, said about that case in his judgment in the present case:

In all the circumstances, including the emotional impact on the accused of the lies told her by the officer which put her in fear, the court held that the Crown had not satisfied the onus on it of proving the accused's statement was voluntary.

The circumstances in the present case are entirely different from those in the *McLeod* case. There is no allegation here that the mind of the accused was affected by the actions of the police officer. No person thought by the accused to be in authority sought by oppression to coerce, or even to persuade the accused to make a statement. His statement was made freely and it was volunteered by him. The circumstances of this case show only that the accused was mistaken as to the identity of the person with whom he was talking. The accused

que lorsque des éléments beaucoup plus subtils doivent être évalués. La force d'esprit et la volonté de l'accusé, l'effet de la détention, de l'environnement, la portée des questions ou de la conversation, tout cela exige une analyse minutieuse de leur rôle dans l'aveu et sert à la Cour pour déterminer si la déclaration a été libre et volontaire, c'est-à-dire exempte de l'influence d'un espoir ou d'une crainte qu'ils auraient pu susciter.»

Je suis d'avis en l'espèce, contrairement à la décision du juge du procès, que le ministère public ne s'est pas libéré du fardeau de la preuve sur cette question.

En parvenant à cette conclusion, je ne rejette pas en droit tous les stratagèmes que la police ou les autres personnes ayant autorité peuvent utiliser lorsqu'ils interrogent une personne en état d'arrestation. Dans chaque cas, la question en vertu du droit applicable doit être de savoir s'ils suscitent ou s'ils ont été employés en vue de susciter chez la personne l'espoir d'un avantage ou la crainte d'un préjudice, ou si leur caractère oppressif (pour employer une expression des règles judiciaires anglaises) soulève un doute quant à savoir si une déclaration incriminante qui en découle a été obtenue de façon régulière. Je suis d'avis, en m'appuyant sur la lecture de l'ensemble du dossier, que les mensonges et incidents reliés à cette affaire ont eu l'effet illicite de susciter la déclaration incriminante.

Le juge Jessup qui était membre de la Cour d'appel qui a rendu l'arrêt *McLeod* a fait le commentaire suivant sur cet arrêt dans la présente affaire.

[TRADUCTION] Etant donné toutes les circonstances, y compris l'effet émotionnel qu'ont eu sur l'accusé les mensonges que lui a racontés l'agent de police, qui ont suscité chez elle la crainte, la cour a conclu que le ministère public ne s'était pas acquitté de l'obligation de prouver que la déclaration de l'accusée était volontaire.

Les circonstances de l'espèce sont tout à fait différentes de celles de l'affaire *McLeod*. On ne prétend pas que l'esprit de l'accusé ait été troublé par le comportement de l'agent de police. Aucune personne que l'accusé tenait pour une personne ayant autorité n'a cherché par l'oppression, la force, ou même la persuasion, à obtenir une déclaration de l'accusé. Sa déclaration a été faite librement et volontairement. Les circonstances de l'affaire démontrent seulement que l'accusé s'est trompé sur l'identité de la personne à laquelle il

thought that person was a fellow prisoner, who presented himself as a sympathetic listener.

For these reasons, in my opinion, the statement was admissible even if McKnight were to be regarded as a person in authority.

I would dismiss the appeal.

LAMER J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal for Ontario allowing the Crown's appeal from an acquittal and directing a new trial.

Appellant was charged in the Court of the General Sessions of the Peace, in the Judicial District of Ottawa-Carleton, with possession of cannabis resin for the purpose of trafficking. The case bears on the admissibility of a confession. Following a *voir dire* the County Court Judge ruled this confession inadmissible and directed an acquittal. The circumstances leading to the arrest, the accused's statement and the judge's ruling are to be found in the agreed statement of facts* submitted by the parties:

On November 9, 1976 at approximately 2:30 p.m., Sergeant Woods and Constables Lauzon, Carvish and Gervais of the Ottawa Police Force conducted a search of apartment 1102, 1365 Bank Street in the City of Ottawa under the authority of a search warrant. On the premises at that time were Donal Bonner (D.O.B. 26/06/57), Timothy Hrehoriak (D.O.B. 24/12/60) and the Respondent (D.O.B. 21/12/45). The Respondent advised Constable Gervais that he lived on the premises along with one Nancy Olson. In one of the bedrooms, Sergeant Woods located 128.54 grams of hashish, a set of scales, a cutting knife and a box of tin foil. Upon analysis, the scales and knife were found to have traces of hashish.

The Respondent was given a police warning and was then conveyed to the Ottawa City Police Station at 60 Waller Street along with Bonner and Hrehoriak. Prior to being lodged in a cell, Constable Gervais asked the Respondent if he was willing to give a statement but he declined to do so. The Respondent was later removed from the cell, charged with possession of hashish for the purposes of trafficking and returned to the same cell.

* When in this statement reference is made to "Respondent", the parties are in fact referring to Robert Rothman, the appellant in this Court.

s'adressait. L'accusé croyait qu'il s'agissait d'un codétenu qui figurait comme un auditeur sympathique.

Pour ces motifs, je suis d'avis que la déclaration est recevable même si McKnight doit être considéré comme une personne ayant autorité.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario qui a accueilli l'appel de la poursuite à l'encontre d'un acquittement et ordonné un nouveau procès.

L'appelant a été accusé, en Cour des sessions générales de la paix du district judiciaire d'Ottawa-Carleton, de possession de résine de cannabis pour en faire le trafic. Le débat porte sur la recevabilité d'une confession. Par suite d'un voir dire, le juge de la Cour de comté a décidé que cette confession était irrecevable et il a ordonné un acquittement. Les circonstances qui ont mené à l'arrestation, à la déclaration de l'accusé et à la décision du juge se trouvent à l'exposé conjoint des faits* présenté par les parties:

[TRADUCTION] Le 9 novembre 1976, vers 14 h 30, le sergent Woods et les agents Lauzon, Carvish et Gervais de la police municipale d'Ottawa ont effectué une perquisition au 1365, rue Bank, appartement 1102, en la ville d'Ottawa, en vertu d'un mandat de perquisition. Donal Bonner (né le 26/06/57), Timothy Hrehoriak (né le 24/12/60) et l'intimé (né le 21/12/45), se trouvaient alors sur les lieux. L'intimé a informé l'agent Gervais qu'il habitait à cet endroit avec une nommée Nancy Olson. Dans l'une des chambres à coucher, le sergent Woods a trouvé 128.54 grammes de hachisch, un ensemble de balances, un couteau et une boîte contenant du papier d'étain. Une analyse a révélé que les balances et le couteau portaient des traces de hachisch.

L'intimé a reçu une mise en garde puis a été amené, avec Bonner et Hrehoriak, au poste de police municipale d'Ottawa au 60, rue Waller. Avant de l'envoyer en cellule, l'agent Gervais a demandé à l'intimé s'il désirait faire une déclaration, mais ce dernier a refusé. Plus tard l'intimé a été amené hors de sa cellule, inculpé de possession de hachisch pour en faire le trafic et renvoyé à la même cellule.

* Lorsque dans cet exposé, il est fait mention de l'«intimé», les parties désignent Robert Rothman, l'appelant devant cette Cour.

On November 10, 1976 at approximately 1:00 a.m., Constable McKnight, a member of the Ottawa City Police Force acting in an undercover capacity, was placed in an 8′ × 8′ cell at the Ottawa City Police Station occupied by the Respondent alone. Constable McKnight was placed in the cell on the instructions of Constable Gervais, the investigating officer, in order to obtain information from the Respondent concerning the charge against him. During the trial, a *voir dire* was conducted on the question of whether Constable Earl McKnight was a person in authority. At that time, Constable McKnight was unarmed, wore blue jeans, a blue jacket and brown boots, and had a four or five day growth of beard. Constable McKnight testified on the *voir dire* that the Respondent appeared to be normal and not under the influence of alcohol. No other persons or police officers were visible from the cell. Constable McKnight did not identify himself to the Respondent as a member of the Ottawa City Police Force and the Respondent did not appear to recognize him as such.

Upon entering the cell, the Respondent spoke first to constable McKnight by saying that Constable McKnight "looked like a nark". Constable McKnight just laughed and the Respondent continued that he looked like a nark because of the way he was dressed. Constable McKnight explained that he was dressed like that because he had been fishing. The Respondent then asked Constable McKnight why he was in jail and he replied that it was because of a traffic ticket. Constable McKnight asked the Respondent why he was in jail and the Respondent stated that it was for possession of hashish. While in the cell, Constable McKnight sat beside the Respondent on the only bench. The Respondent then told Constable McKnight that he sold hashish for $25.00 for 3 grams, that the hash that he had been caught with had been "fronted" to him and that he would have to pay the people back $1,000 because he had been "busted". The Respondent stated that he would have made $1,800 on the drugs that he had. Constable McKnight asked if there were many drugs in the City and the Respondent replied that there were approximately 40 pounds. The Respondent also stated that he was arrested at his apartment along with his buddy who was in the next cell. During the conversation, Constable McKnight informed the Respondent that he was a truck driver from the Pembroke area and had been fishing so the Respondent would have the impression that he was not a nark and that he did not know much about drugs. Constable McKnight indicated that people in the Pembroke area were interested in drugs and that he would be interested in getting drugs; however, no deal was set up. The Respondent asked Constable McKnight when he would be getting out and he

Le 10 novembre 1976, vers 1 h 00, l'agent McKnight de la police municipale d'Ottawa, agissant en qualité d'agent double, a été placé dans une cellule de huit pieds sur huit pieds, occupée par l'intimé seul, au poste de la police municipale d'Ottawa. L'agent McKnight a été placé dans la cellule conformément aux directives de l'agent Gervais, l'agent enquêteur, afin d'obtenir des détails de l'intimé concernant l'inculpation contre lui. Au cours du procès, un voir dire a été tenu pour déterminer si l'agent Earl McKnight était une personne en situation d'autorité. A ce moment-là, l'agent McKnight n'était pas armé, il portait un blue-jean, une veste bleue et des bottes brunes et avait une barbe de quatre à cinq jours. Au voir dire, l'agent McKnight a témoigné que l'intimé lui avait paru normal et ne pas être sous l'influence de l'alcool. Aucun agent de police ou autre personne n'était visible de la cellule. L'agent McKnight ne s'est pas identifié comme membre de la police municipale d'Ottawa et l'intimé ne paraît pas l'avoir considéré comme tel.

L'intimé s'est adressé à l'agent McKnight dès son entrée dans la cellule en disant que ce dernier «ressemblait à un mouchard». L'agent McKnight a ri et l'intimé a ajouté qu'il ressemblait à un mouchard en raison de son habillement. L'agent McKnight a expliqué qu'il était habillé ainsi parce qu'il était allé pêcher. L'intimé a alors demandé à l'agent McKnight pourquoi il était en prison et ce dernier a répondu que c'était à cause d'une contravention aux règles de la circulation. L'agent McKnight a demandé à l'intimé pourquoi il était en prison et ce dernier a dit que c'était pour possession de hachisch. Pendant qu'il était dans la cellule, l'agent McKnight est demeuré assis à côté de l'intimé sur le seul banc disponible. L'intimé a alors dit à l'agent McKnight qu'il vendait du hachisch à raison de $25 les 3 grammes, qu'il agissait à titre de «dépositaire» au moment où il a été surpris avec le hachisch et qu'il devrait rembourser $1,000 aux gens parce qu'il avait été «arrêté». L'intimé a dit que les stupéfiants qu'il avait lui auraient rapporté $1,800. L'agent McKnight lui a demandé s'il y avait beaucoup de stupéfiants dans la ville et l'intimé a répondu qu'il y en avait environ 40 livres. L'intimé a également dit qu'il avait été arrêté à son appartement avec son copain qui était dans la cellule voisine. Au cours de la conversation, l'agent McKnight a informé l'intimé qu'il était un conducteur de camion de la région de Pembroke et qu'il était allé à la pêche de sorte que l'intimé ait l'impression qu'il n'était pas un mouchard et qu'il ne s'y connaissait pas vraiment en stupéfiants. L'agent McKnight a fait observer que des gens de la région de Pembroke s'intéressaient aux stupéfiants et qu'il aimerait en obtenir; toutefois, aucun marché n'a été conclu. L'intimé a demandé à l'agent McKnight

replied that a buddy would be coming down to pay the fine. The Respondent stated that he had to go to court the next morning because he was on parole respecting other charges. Constable McKnight was released from the cell at 1:07 a.m. and made his notes concerning the conversation shortly thereafter.

After Constable McKnight testified on the *voir dire* the Respondent called no evidence on the issue of whether Constable McKnight was a person in authority.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that in all the circumstances, Constable McKnight was a person in authority.

No further evidence was called by the Crown on the *voir dire* on the issue of whether the statements made by the Respondent to Constable McKnight were voluntary. The Respondent did not request any other Crown witnesses to be produced for cross-examination on the *voir dire* and did not call any evidence on this issue.

After argument by counsel, His Honour Judge Matheson ruled that the "continuation of the intent to obtain a statement by this disguise" puts into doubt whether the inculpatory statement had properly been elicited and was therefore inadmissible.

The Crown called no further evidence at trial and at the request of Crown Counsel and the direction of His Honour Judge Matheson, the jury returned a verdict of "not guilty" of possession.

The majority in the Court of Appeal (Jessup and Weatherston JJ.A., Dubin J.A., dissenting) was of the opinion that the police officer to whom the statement was made was not, for the purpose of determining the admissibility of the statement, a "person in authority", and that the statement, if relevant, was admissible without any *voir dire* being held to determine whether it met the special test set out in *Ibrahim v. The King*[31]. This conclusion, as regards the police officer, was arrived at by adopting and applying a subjective test followed by many Canadian courts* which is summarized by Kaufman in his third edition of *The Admissi-*

[31] [1914] A.C. 599.

* Cases pro and contra are exhaustively cited and analyzed by Kaufman, at pp. 81-4, of his 3rd ed. of *The Admissibility of Confessions*, (1979).

quand il serait libéré et il a répondu qu'un copain viendrait payer l'amende. L'intimé a dit qu'il devait comparaître en cour le lendemain matin parce qu'il était sous libération conditionnelle relativement à d'autres accusations. L'agent McKnight a été libéré de la cellule à 1 h 07 et peu après il a consigné ses remarques relatives à la conversation.

Après que l'agent McKnight eut témoigné au voir dire, l'intimé n'a présenté aucune preuve sur la question de savoir si l'agent McKnight était une personne en situation d'autorité.

Après l'argumentation, le juge Matheson a statué que compte tenu de toutes les circonstances l'agent McKnight était une personne en situation d'autorité.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au cours du voir dire sur la question de savoir si les déclarations de l'intimé à l'agent McKnight étaient volontaires. L'intimé n'a pas demandé que soient produits, aux fins de contre-interrogatoire au voir dire, d'autres témoins du ministère public et il n'a présenté aucune preuve sur cette question.

Après l'argumentation, le juge Matheson a statué que la «continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement» fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue et donc qu'elle était irrecevable.

Le ministère public n'a présenté aucune autre preuve au procès et, à la demande du substitut du procureur général et suivant les directives du juge Matheson, le jury a rendu un verdict de «non culpabilité» de possession.

La majorité de la Cour d'appel (les juges Jessup et Weatherston, le juge Dubin étant dissident) a exprimé l'avis que le policier à qui la déclaration a été faite n'était pas, aux fins de décider de la recevabilité de la déclaration, une «personne en situation d'autorité», et que la déclaration, si elle est pertinente, était recevable sans qu'il soit nécessaire de tenir un voir dire pour établir si elle répond au critère particulier établi dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*[31]. Elle a retenu cette conclusion, en ce qui a trait au policier, en adoptant et en appliquant un critère subjectif suivi par plusieurs cours canadiennes* et que Kaufman résume

[31] [1914] A.C. 599.

* Kaufman cite et analyse longuement la jurisprudence en faveur et à l'encontre de cette opinion aux pp. 81 à 84, *The Admissibility of Confessions*, 3e éd., (1979).

bility of Confessions, in the following terms (at p. 81):

The true test, it is submitted, is highly subjective: *Did the accused truly believe, at the time he made the declaration, that the person he dealt with had some degree of power over him?* In other words, did the accused think that the person to whom he confessed (or as a result of whose intervention he confessed) could either make good his promise or carry out his threats? If so, such person should be treated as a person in authority; if not, the rules which attach to persons in authority need not be applied, even though the person, from a purely *objective* point of view, was in a position of undoubted authority.

I am in agreement with the Court of Appeal for Ontario that, for the purpose only of determining whether the statement was or was not obtained "by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority", (*Ibrahim v. The King, supra*, at p. 609), the test is a subjective one and that, under the circumstances of this case, Officer McKnight was not a person in authority.

However, I should add here that whilst the subjectivity of this test is due to what many consider a rationalization (*i.e.* the possible unreliability of the statement) of the voluntariness rule as enunciated in *Ibrahim v. The King*, (*i.e.* without fear of prejudice or hope of advantage), the conclusion that the police officer was not a person in authority is a fiction that is necessary only if the rule is couched in terms of voluntariness, and that it is no longer so when the rule is enunciated in terms of reliability.

Having decided that the statement was not made to a person in authority, the Ontario Court of Appeal[32] further stated (at p. 381):

Even if the undercover officer in this case had been regarded by the accused as a person in authority, the conditions laid down in *Ibrahim* as to the voluntariness of the accused's statements had been met. There is no suggestion in the agreed facts of a fear of prejudice exercised by Officer McKnight or a hope of favour held out by him.

[32] (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

comme suit dans la troisième édition de *The Admissibility of Confessions* (à la p. 81):

[TRADUCTION] Nous soumettons que le véritable critère est très subjectif: *Au moment où il a fait sa déclaration, l'accusé a-t-il réellement cru que la personne à qui il s'adressait détenait un certain pouvoir sur lui?* En d'autres mots, l'accusé croyait-il que la personne à qui il faisait une confession (ou à l'instigation de laquelle il a fait une confession), pouvait soit tenir sa promesse soit donner suite à ses menaces? Dans l'affirmative, cette personne doit être considérée comme une personne en situation d'autorité; dans la négative, il n'est pas nécessaire d'appliquer les règles relatives aux personnes en situation d'autorité même si la personne était, d'un point de vue purement *objectif*, indubitablement en situation d'autorité.

Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario qu'à la seule fin de décider si la déclaration a été obtenue [TRADUCTION] «par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité», (*Ibrahim v. The King*, précité, à la p. 609), le critère est subjectif et que, dans les circonstances en l'espèce, l'agent McKnight n'était pas une personne en situation d'autorité.

Je dois cependant ajouter ici que même si la subjectivité de ce critère est due à ce que plusieurs estiment être une rationalisation (c.-à-d. la possibilité que la déclaration ne soit pas digne de foi) de la règle du caractère volontaire énoncée dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, (c.-à-d. sans crainte d'un préjudice ni espoir d'un avantage), la conclusion que le policier n'était pas une personne en situation d'autorité est une fiction qui n'est nécessaire que si la règle est exprimée en fonction du caractère volontaire, et cela n'est plus le cas lorsque la règle est énoncée en fonction de la fiabilité.

Après avoir décidé que la déclaration n'a pas été faite à une personne en situation d'autorité, la Cour d'appel de l'Ontario[32] a ajouté (à la p. 381):

[TRADUCTION] Même si, en l'espèce, l'accusé avait considéré l'agent double comme une personne en situation d'autorité, les conditions posées dans l'arrêt *Ibrahim* quant au caractère volontaire des déclarations de l'accusé ont été remplies. Les faits admis par les parties n'indiquent nullement que l'agent McKnight ait utilisé la crainte d'un préjudice ou l'espoir d'un avantage.

[32] (1978), 42 C.C.C. (2d) 377.

This second conclusion was predicated on the decision of this Court in the case of *R. v. Fitton*[33], in which it reaffirmed what it had said in *Boudreau v. The King*[34], adopting the often quoted rule set out in *Ibrahim, supra,* where Lord Sumner said (at p. 609):

> It has long been established as a positive rule of English criminal law, that no statement by an accused is admissible in evidence against him unless it is shewn by the prosecution to have been a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority.

It is interesting to note that Lord Sumner went on to say (at pp. 610-11):

> It is to be observed that logically these objections all go to the weight and not to the admissibility of the evidence. What a person having knowledge about the matter in issue says of it is itself relevant to the issue as evidence against him. That he made the statement under circumstances of hope, fear, interest or otherwise strictly goes only to its weight. In an action of tort evidence of this kind could not be excluded when tendered against a tortfeasor, though a jury might well be told as prudent men to think little of it. Even the rule which excludes evidence of statements made by a prisoner, when they are induced by hope held out, or fear inspired, by a person in authority, is a rule of policy. "A confession forced from the mind by the flattery of hope or by the torture of fear comes in so questionable a shape, when it is to be considered as evidence of guilt, that no credit ought to be given to it"; *Rex v. Warwickshall* [*sic*] ((1783) 1 Leach, 263). It is not that the law presumes such statements to be untrue, but from the danger of receiving such evidence judges have thought it better to reject it for the due administration of justice: *Reg. v. Baldry* ((1852) 2 Den. Cr. C. 430, at p. 445). Accordingly, when hope or fear was not in question, such statements were long regularly admitted as relevant, though with some reluctance and subject to strong warnings as to their weight.

[33] [1956] S.C.R. 958.
[34] [1949] S.C.R. 262.

Cette deuxième conclusion s'appuyait sur l'arrêt *R. c. Fitton*[33], dans lequel cette Cour a affirmé de nouveau ce qu'elle avait dit dans l'arrêt *Boudreau c. Le Roi*[34], adoptant la règle, souvent citée, établie dans l'arrêt *Ibrahim*, précité, où lord Sumner a dit (à la p. 609):

> [TRADUCTION] C'est une règle formelle du droit criminel anglais depuis longtemps établie qu'aucune déclaration d'un accusé n'est recevable contre lui à titre de preuve, à moins que l'accusation ne prouve qu'il s'agit d'une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité.*

On peut noter avec intérêt que lord Sumner poursuit en disant (aux pp. 610 et 611):

> [TRADUCTION] Il faut souligner que logiquement, ces objections s'attachent toutes à la force probante et non à la recevabilité de la preuve. Ce que dit une personne, relativement à l'objet d'un litige dont elle a une certaine connaissance, est pertinent à ce litige et peut lui être opposé. Qu'elle ait fait une déclaration sous l'influence de l'espoir, de la crainte, d'un intérêt ou dans toute autre circonstance n'a d'effet que sur la force probante de cette déclaration. Dans une action en responsabilité délictuelle, une preuve de ce genre ne pourrait être exclue si elle était opposée à l'auteur du délit, mais on pourrait recommander au jury d'être prudent et d'y attacher peu d'importance. Même la règle qui exclut la preuve des déclarations qu'a faites un détenu, obtenues par l'espoir qu'une personne en situation d'autorité lui a fait miroiter ou par la crainte qu'elle lui a inspirée, n'est qu'une règle de conduite judiciaire. «Une confession qu'on obtient en faisant miroiter l'espoir ou en inspirant la crainte est tellement suspecte, lorsqu'il faut établir si elle constitue une preuve de culpabilité, qu'on ne peut lui accorder aucune valeur»: *Rex v. Warwickshall (sic)* ((1783) 1 Leach, 263). La loi ne présume pas que ces déclarations sont fausses, mais compte tenu du danger d'admettre de telles preuves, les juges ont préféré les rejeter pour la bonne administration de la justice: *Reg. v. Baldry* ((1852) 2 Den Cr. C. 430, à la p. 445). Par conséquent, lorsque l'espoir ou la crainte n'était pas en jeu, ces déclarations étaient depuis longtemps admises sur une base régulière comme étant pertinentes, même si on hésitait à le faire et qu'on restait prudent quant à leur force probante.

[33] [1956] R.C.S. 958.
[34] [1949] R.C.S. 262.
* Cette traduction est du signataire de l'opinion.

In his dissenting opinion, Dubin J.A. of the Ontario Court of Appeal, after saying (at p. 385) that " ... one of the reasons assigned for the rule, as stated in *Ibrahim v. The King, supra*, is that a confession made under such circumstances may be untrue, but it does not follow that where the truth of the confession is no longer in issue that it necessarily becomes admissible", concluded that, whatever may be its philosophical basis, the rule was not exhaustive. He then went on to recognize that a judge has a discretion to exclude a statement to a person in authority if it was obtained in a manner which transgresses his right to remain silent (at p. 386):

> In my respectful opinion, the rules respecting confessions and privilege against self-incrimination are related. I use that term in the sense of the right of a person under arrest to remain silent when questioned by law enforcement officers.

I am in agreement with Dubin J.A. that the reliability test is not the only test of the admissibility of a statement against an accused. I also agree that a trial judge should have the power to exclude, whether he had or not until now, under certain circumstances, statements for reasons, hereinafter stated, quite unrelated to their reliability and even though these statements may be of great probative value. I would not however, with deference, predicate the exercise of that power on an extension of the privilege against self-crimination that would sanction in that way a suspect's right to remain silent (see *Marcoux and Solomon v. The Queen*[35]). If and to the extent Dubin J.A. does so, I cannot agree with him. In *Marcoux and Solomon v. The Queen*, my brother Dickson speaking for the Court (Laskin C.J. and Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz and de Grandpré JJ.) explained the extent to which that doctrine exists in Canada (at pp. 768-9):

[35] [1976] 1 S.C.R. 763.

Dans les motifs de sa dissidence, le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario, après avoir dit (à la p. 385) que [TRADUCTION] « ... une des justifications de la règle établie dans l'arrêt *Ibrahim v. The King*, précité, est qu'une confession faite dans ces conditions peut être fausse, mais il ne s'ensuit pas que, une fois la fiabilité de la confession admise, elle devient nécessairement recevable», conclut que, quel qu'en soit son fondement philosophique, la règle n'est pas exhaustive. Il poursuit en affirmant que le juge a le pouvoir discrétionnaire de rejeter une déclaration faite à une personne en situation d'autorité si elle a été obtenue d'une façon qui viole son droit de garder le silence (à la p. 386):

> [TRADUCTION] Avec égards, je suis d'avis que les règles relatives aux confessions et au privilège contre l'auto-incrimination sont connexes. J'emploie ce terme dans le sens du droit qu'a une personne en état d'arrestation de garder le silence lorsqu'un agent de police l'interroge.

Je souscris à l'opinion du juge d'appel Dubin que le critère de la fiabilité n'est pas le seul critère de recevabilité d'une déclaration à l'encontre d'un accusé. Je suis aussi d'avis que le juge du procès devrait avoir le pouvoir, qu'il l'ait eu ou non jusqu'à présent, d'exclure, dans certaines circonstances, des déclarations pour des motifs, énoncés ci-dessous, qui n'ont vraiment pas de rapport avec leur fiabilité et ce, même si ces déclarations peuvent être d'une grande valeur probante. Avec égards, cependant, je ne fonderais pas l'exercice de ce pouvoir sur une extension du privilège contre l'auto-incrimination qui consacrerait de cette façon le droit d'un suspect de garder le silence (voir *Marcoux et Solomon c. La Reine*[35]). Si c'est ce qu'affirme le juge Dubin, et dans la mesure où il le fait, je ne suis pas d'accord avec lui. Dans l'arrêt *Marcoux et Solomon c. La Reine*, mon collègue le juge Dickson, qui a énoncé les motifs au soutien du jugement de cette Cour (le juge en chef Laskin et les juges Martland, Judson, Ritchie, Spence, Pigeon, Dickson, Beetz et de Grandpré) explique la portée de cette doctrine au Canada (aux pp. 768 et 769):

[35] [1976] 1 R.C.S. 763.

The limit of the privilege against self-incrimination is clear. The privilege is the privilege of a witness not to answer a question which may incriminate him. That is all that is meant by the Latin maxim *nemo tenetur seipsum accusare*, often incorrectly advanced in support of a much broader proposition.

. . .

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 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 short, the privilege extends to the accused *qua* witness and not *qua* accused, it is concerned with testimonial compulsion specifically and not with compulsion generally: *Attorney-General of Quebec v. Begin* [1955] S.C.R. 593; *In re Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act 1957 (Sask.)* [1958] S.C.R. 608; see also the helpful article *"Is there a right against self-incrimination in Canada"* by Professor Ed. Ratushny, (1973) 19 McGill Law Journal 1.

In Canada the right of a suspect not to say anything to the police is not the result of a right of no self-crimination but is merely the exercise by him of the general right enjoyed in this country by anyone to do whatever one pleases, saying what one pleases or choosing not to say certain things, unless obliged to do otherwise by law. It is because no law says that a suspect, save in certain circumstances*, must say anything to the police that we say that he has the right to remain silent, which is a positive way of explaining that there is on his part no legal obligation to do otherwise. His right to silence here rests on the same principle as his right to free speech, but not on a right to no self-crimination. Therefore any frustration of his choice not to say anything is not an encroachment to a right to no self-crimination for he has such a right only "*qua* witness" and "*qua* accused" as explained in *Solomon (supra)*. This is not to say that the fact that an arrested person's choice to remain silent has been frustrated is to be disre-

* There are circumstances under which a citizen is under the obligation to answer certain police queries, *i.e. Moore v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 195.

La limite du privilège contre l'auto-incrimination est claire. Le privilège est celui d'un témoin de ne pas répondre à une question qui peut l'incriminer. C'est là tout ce que signifie la maxime latine *nemo tenetur seipsum accusare*, que l'on avance souvent à tort pour étayer une proposition beaucoup plus générale.

. . .

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, 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 résumé, le privilège s'applique à l'accusé en tant que témoin et non pas en tant qu'accusé; il s'applique particulièrement à la contrainte de témoigner et non pas à la contrainte en général: *Procureur général du Québec c. Bégin* [1955] R.C.S. 593; *Le renvoi sur la validité de l'article 92(4) du Vehicles Act 1957 (Sask.)* [1958] R.C.S. 608; voir aussi l'intéressant article du professeur Ed. Ratushny, «*Is there a right against self-incrimination in Canada*», (1973) 19 McGill Law Journal 1.

Au Canada, le droit d'un suspect de ne rien dire à la police ne découle pas d'un droit de ne pas s'incriminer, mais n'est que l'exercice, de sa part, du droit général dont jouit toute personne de ce pays de faire ce qui lui plaît, de dire ce qui lui plaît ou de choisir de ne pas dire certaines choses à moins que la loi ne l'y oblige. C'est parce qu'aucune loi ne dit qu'un suspect, sauf dans certaines circonstances*, doit dire quelque chose à la police que nous disons qu'il a le droit de garder le silence; c'est une façon positive d'expliquer que la loi ne l'oblige pas à agir autrement. Son droit de garder le silence s'appuie alors sur le même principe que celui qui lui accorde la liberté de parole, mais non sur un droit de ne pas s'incriminer. Par conséquent, la violation de son choix de ne rien dire n'est pas une atteinte à un droit de ne pas s'incriminer puisqu'il jouit de ce droit seulement en tant que «témoin» et «accusé» comme on l'explique dans *Solomon* (précité). Cela ne veut pas dire qu'on ne doit pas tenir compte du fait qu'on a violé le choix

* Il y a des cas où un citoyen est tenu de répondre à certaines questions de la police; voir *Moore c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 195.

garded; it is surely one of the circumstances to be taken into account by the judge when considering the admissibility of his statement by applying the test I will describe further on, but it is only one of the circumstances and would not of necessity result in excluding a statement as would be the case if suspects enjoyed in Canada as encompassing a privilege against self-crimination as that which they do in the United States. But I should like to add here, that I agree with Dubin J.A. that the rule is related to the privilege against self-crimination for it is, in my opinion, predicated in part on the right an accused person enjoys not to be compelled to testify; but in part only, for the rule is also the result of a desire on the part of the judges to protect the system's respectability and, as a result, its very acceptance by its constituency.

Over the years judges and scholars (see Vincent Del Buono, "Voluntariness and Confessions: A Question of Fact or Question of Law?", (1976-77) 19 Crim. L.Q. 100, at pp. 100-01; E.J. Ratushny, "Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut", (1977-78) 20 Crim. L.Q. 312, "Unravelling Confessions", (1970-71) 13 Crim. L.Q. 453; G.A. Martin, "The Admissibility of Confessions and Statements", (1962-63) 5 Crim. L.Q. 35; A.C. Hutchinson and N.R. Withington, "Horvath v. The Queen: Reflections on the Doctrine of Confessions", (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 146) have minutely analysed Lord Sumner's choice of words in *Ibrahim* in order to determine the scope of the rule governing the admission of statements by a suspect to persons in authority (at p. 609): " ... a voluntary statement, in the sense that it has not been obtained from him either by fear of prejudice or hope of advantage exercised or held out by a person in authority".

Some judges have given those words a strict interpretation and have held that the only circumstances where the exclusionary rule will operate are to be found in the words "fear of prejudice" and "hope of advantage" and only when such

d'une personne en état d'arrestation de garder le silence; c'est certes une des circonstances dont le juge doit tenir compte quand il examine la recevabilité de sa déclaration en appliquant le critère que je vais décrire plus loin, mais ce n'est qu'une des circonstances, et elle n'aurait pas nécessairement pour effet d'exclure une déclaration comme ce serait le cas si les suspects jouissaient, au Canada, d'un privilège contre l'auto-incrimination aussi étendu que celui dont ils jouissent aux États-Unis. Mais je veux ajouter ici que je souscris à l'opinion du juge Dubin que la règle est reliée au privilège contre l'auto-incrimination puisqu'à mon avis, elle s'appuie en partie sur le droit dont jouit l'accusé de ne pas être contraint de témoigner; mais elle s'y appuie en partie seulement puisque la règle résulte aussi d'un désir qu'ont les juges de protéger la respectabilité du système et, par conséquent, son acceptation même par ceux qu'il sert.

Avec les années, les juges et les auteurs (voir Vincent Del Buono, «Voluntariness and Confessions: A Question of Fact or Question of Law?», (1976-77) 19 Crim. L.Q. 100, aux pp. 100 et 101; E.J. Ratushny, «Self-Incrimination: Nailing the Coffin Shut», (1977-78) 20 Crim. L.Q. 312, «Unravelling Confessions», (1970-71) 13 Crim. L.Q. 453; G.A. Martin, «The Admissibility of Confessions and Statements», (1962-63) 5 Crim. L.Q. 35; A.C. Hutchinson et N.R. Withington, «Horvath v. The Queen: Reflections on the Doctrine of Confessions», (1980) 18 Osgoode Hall L.J. 146) ont analysé avec minutie le choix des mots qu'a employés lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim* en vue de déterminer la portée de la règle régissant la recevabilité des déclarations que fait un suspect à des personnes en situation d'autorité (à la p. 609): [TRADUCTION] « ... une déclaration volontaire, c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue par crainte d'un préjudice ou dans l'espoir d'un avantage dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité».

Certains juges ont attribué à ces mots une interprétation stricte et ont décidé que les seuls cas où la règle d'exclusion s'applique sont ceux où il y a «crainte d'un préjudice» et «espoir d'un avantage», et uniquement lorsque la «crainte» ou l'«espoir» ont

"fear" or "hope" has been "exercised or held out by a person in authority".

Others have relied on other passages of the judgment, and have concluded that those same words should not be regarded as exhaustive, but as merely illustrative of those circumstances which would render a statement involuntary (see: Vincent Del Buono, *supra*, at p. 104). Their reason for doing so is that they felt that the test was not a true dictionary-sense-of-the-word "voluntariness" test but in fact a "reliability" test. This interpretation of Lord Sumner's use of the word "voluntary" is justified, they say, by his apparent rationalization of the rule when he quoted *R. v. Warickshall*[36] to the effect that (at pp. 610-11) "A confession forced from the mind by the flattery of hope or by the torture of fear comes in so questionable a shape, when it is to be considered as evidence of guilt, that no credit ought to be given to it". Others found they had an even wider discretion by relying on another passage of Lord Sumner's remarks where he said (at p. 611): "It is not that the law presumes such statements to be untrue, but from the danger of receiving such evidence judges have thought it better to reject it for the due administration of justice."

Much has been written and said about this rule (voluntariness), its alleged underlying policy (reliability), and the existence and scope of a residual discretion. In a recent decision, *Alward and Mooney v. The Queen*[37], this Court appeared to have recognized that the "qualified" voluntariness test was not to be construed restrictively, was not exhaustive; and that evidence that anything done by the authorities that casts some doubt as to the accused having been induced to make a possible unreliable statement will be sufficient to have it excluded, whether what the authorities have done is or is not susceptible of instilling in the mind of the accused "fear of prejudice" or of creating "hope of advantage".

[36] (1783) 1 Leach, 263.
[37] [1978] 1 S.C.R. 559.

été «dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité».

D'autres se sont fondés sur d'autres passages du jugement pour conclure que ces mêmes mots ne doivent pas être considérés comme exhaustifs, mais comme de simples exemples des circonstances qui peuvent rendre une déclaration involontaire (voir: Vincent Del Buono, précité, à la p. 104). Ils concluent ainsi parce qu'ils estiment que le critère n'est pas un critère de caractère «volontaire» selon le sens véritable que les dictionnaires donnent à ce mot mais qu'il est en fait un critère de «fiabilité». Cette interprétation de l'emploi que fait lord Summer du mot «volontaire» se justifie, selon eux, par sa rationalisation apparente de la règle lorsqu'il cite *R. v. Warickshall*[36] qui dit (aux pp. 610 et 611) que [TRADUCTION] «Une confession qu'on obtient en faisant miroiter l'espoir ou en inspirant la crainte est tellement suspecte, lorsqu'il faut établir si elle est une preuve de culpabilité, qu'on ne peut lui accorder aucune valeur». D'autres estiment qu'ils ont encore plus de latitude en s'appuyant sur un autre passage des remarques de lord Sumner lorsqu'il dit (à la p. 611): [TRADUCTION] «La loi ne présume pas que ces déclarations sont fausses, mais compte tenu du danger de recevoir ces preuves, les juges ont préféré les rejeter pour la bonne administration de la justice.»

On a dit et écrit beaucoup au sujet de cette règle (du caractère volontaire), de la justification sous-jacente qu'on lui attribue (la fiabilité), et de l'existence et de l'étendue d'un pouvoir discrétionnaire résiduel. Dans un arrêt récent, *Alward et Mooney c. La Reine*[37], cette Cour semble avoir reconnu que le critère du caractère «volontaire» ne devait pas être interprété restrictivement, n'était pas exhaustif et que la preuve d'une conduite, de la part des autorités, qui soulève un doute quant à savoir si l'accusé a été incité à faire une déclaration qui puisse ne pas être digne de foi suffira à la faire exclure, peu importe que l'acte des autorités soit ou non susceptible d'inspirer à l'accusé «la crainte d'un préjudice» ou de créer «l'espoir d'un avantage».

[36] (1783) 1 Leach, 263.
[37] [1978] 1 R.C.S. 559.

In that case, the accused Alward had made a statement to the police whilst under arrest on suspicion of murder. The statement was elicited as the result of a lie by a police officer to the effect that the victim, who in reality was still in a comatose state, had recovered consciousness and would be able to identify his assailants. A full bench of this Court agreed with the conclusion of the Court of Appeal for New Brunswick when that Court said, in dealing with the admissibility of that statement, *per* Limerick J.A. (at p. 562):

> The true test, therefore, is did the evidence adduced by the Crown establish that nothing, said or done by any person in authority, could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue because thereof. The Crown met that test.

Though this Court simply stated (at p. 563): "This Court agreed with that conclusion", it appears to me to be a clear and unequivocal finding that should have put an end, if not to all controversies surrounding the confession rule, at least to those concerning whether the rule is mainly a reliability test or a voluntariness one, and, if reliability be the test, whether it is limited to "fear of prejudice" and "hope of advantage" or general. The three sets of reasons to be found a year later in this Court's decision in the case of *Horvath v. The Queen*[38], are an indication that such is far from being the case.

While reliability is invoked by most courts as being the rationale for the rule when dealing with lies by the police as to their true identity (*i.e.* the subjective test as to whether a person is a person in authority), there is a general reluctance to adjust the formulation of the rule to that alleged rationale. There is also a feeling that, whether the test is voluntariness or reliability, it is not exhaustive.

This reluctance is quite justified, for reliability, as I will attempt to demonstrate later on, is not

[38] [1979] 2 S.C.R. 376.

Dans cette affaire, l'accusé Alward avait fait une déclaration à la police alors qu'il était en état d'arrestation et soupçonné de meurtre. La déclaration a été obtenue par suite d'un mensonge d'un policier affirmant que la victime, qui était en réalité encore dans le coma, avait repris conscience et pourrait identifier ses assaillants. Siégeant au complet, cette Cour a souscrit à la conclusion de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick lorsque le juge Limerick de cette cour a dit, en traitant de la recevabilité de cette déclaration (à la p. 562):

> [TRADUCTION] Le véritable critère est le suivant: la preuve présentée par le ministère public a-t-elle établi qu'aucune personne en situation d'autorité n'a fait ou dit quoi que ce soit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui était ou pouvait être fausse? Le ministère public a rempli cette exigence.*

Même si cette Cour a simplement dit (à la p. 563): «La présente Cour partage cette conclusion», cela me paraît être une conclusion claire et non équivoque qui aurait dû mettre fin, si ce n'est à toutes les polémiques entourant la règle concernant la recevabilité des confessions, du moins à celles visant à déterminer si la règle s'appuie principalement sur la fiabilité ou sur le caractère volontaire et, s'il s'agit de la fiabilité, si elle se limite à «la crainte d'un préjudice» et à «l'espoir d'un avantage» ou si elle a une portée générale. Les trois textes de motifs de jugement qu'on trouve un an plus tard dans l'arrêt de cette Cour dans *Horvath c. La Reine*[38] indiquent qu'on est loin d'en être là.

Bien que la plupart des cours invoquent la fiabilité comme étant la raison d'être de la règle lorsqu'elles traitent de cas où les policiers ont menti quant à leur véritable identité (c.-à-d. l'application du critère subjectif à la question de savoir s'il s'agit d'une personne en situation d'autorité), on répugne en général à recourir à cette prétendue raison d'être pour circonscrire la formulation de cette règle. On sent en outre que le critère, qu'il s'agisse du caractère volontaire ou de la fiabilité, n'est pas exhaustif.

Cette répugnance se justifie amplement du fait que la fiabilité, comme je vais tenter de l'expliquer

* Cette traduction est du signataire de l'opinion.

[38] [1979] 2 R.C.S. 376.

really the rationale for the rule but part of the rule itself, part of the test.

Indeed, why have a special exclusionary rule dealing with the reliability of usually highly prejudicial statements made by suspects to persons in authority when we already have an exclusionary rule dealing with unduly prejudicial evidence that is of slight probative value (*R. v. Wray*[39], *R. v. Cook*[40], *Noor Mohamed v. The King*[41], *Stirland v. D.P.P.*[42], *Maxwell v. D.P.P.*[43]). Assuming that, not to be redundant, this special exclusionary rule is intended to deal with statements that could not be excluded as being of slight probative value, one then wonders why we have, as a question of policy, imposed a higher standard of probative value for "statements" before letting the trier of fact be apprised of the very existence of such evidence. Put in other words, what is the policy consideration that overrides the application of the fundamental evidentiary rule that the weight of evidence, when relevant and, if highly prejudicial, of more than slight probative value, is for the trier of fact? Indicia as to the answer to this question are to be found in the very formulation of the test, whether one adopts, as this Court did, Limerick J.A.'s test in *Alward and Mooney* (*supra*) or that of Lord Sumner in *Ibrahim* (*supra*). If the concern with statements made to persons in authority was primarily a concern about their reliability why then should we only be concerned when "the hope" or "the fear" entertained by the suspect is due to its having been "exercised or held out by a person in authority" (the *Ibrahim* formulation) or only when the unreliability is the result of something having been "said or done by any person in authority" (the *Alward and Mooney* formulation)? The other statements, those where the hope or fear or unreliability is not the doing of the authorities, are no less unreliable; furthermore, it is not because the possible unreliability of the statement is the result of what persons in authority have said or done that the trier of fact is any less capable of weighing that evidence and should be

[39] [1971] S.C.R. 272.
[40] [1959] 2 Q.B. 340.
[41] [1949] A.C. 182.
[42] [1944] A.C. 315.
[43] [1935] A.C. 309.

plus loin, n'est pas vraiment la raison d'être de la règle mais une partie de la règle elle-même, une partie du critère.

En effet, pourquoi avoir une règle d'exclusion particulière portant sur la fiabilité de déclarations habituellement très préjudiciables que font les suspects à des personnes en situation d'autorité lorsque nous avons déjà une règle d'exclusion concernant les preuves très préjudiciables qui ont peu de valeur probante (*R. c. Wray*[39], *R. v. Cook*[40], *Noor Mohamed v. The King*[41], *Stirland v. D.P.P.*[42], *Maxwell v. D.P.P.*[43]). En tenant pour acquis que, pour ne pas être redondante, cette règle d'exclusion particulière vise les déclarations qu'on ne pourrait exclure en invoquant le motif qu'elles auraient peu de valeur probante, on se demande alors pourquoi, comme règle de conduite judiciaire, nous avons imposé un critère de valeur probante plus élevé à l'égard des «déclarations» avant de permettre au juge des faits de prendre connaissance de cette preuve. En d'autres mots, quelle est la considération de politique judiciaire qui permet d'écarter l'application de la règle fondamentale suivant laquelle la preuve, lorsqu'elle est pertinente et, si elle est très préjudiciable, lorsqu'elle a plus qu'une faible valeur probante, doit être laissée à l'appréciation du juge des faits? On peut trouver des indices de réponse à cette question dans la formulation même du critère, que l'on adopte, comme l'a fait cette Cour, le critère du juge Limerick dans l'arrêt *Alward et Mooney* (précité) ou celui de lord Sumner dans l'arrêt *Ibrahim* (précité). Si la préoccupation à l'égard des déclarations faites à des personnes en situation d'autorité porte avant tout sur leur fiabilité, pourquoi alors faudrait-il s'en préoccuper uniquement lorsque «l'espoir» ou «la crainte» qu'entretient le suspect sont imputables à ce qu'ils ont été «dispensés ou promis par une personne en situation d'autorité» (la formulation de l'arrêt *Ibrahim*) ou uniquement lorsque le peu de fiabilité résulte de ce qu'une «personne en situation d'autorité (n')a fait ou dit» (la formulation de l'arrêt *Alward et Mooney*)? Les autres déclarations, celles où l'es-

[39] [1971] R.C.S. 272.
[40] [1959] 2 Q.B. 340.
[41] [1949] A.C. 182.
[42] [1944] A.C. 315.
[43] [1935] A.C. 309.

precluded from doing so through an exclusionary rule.

As regards whether the test, be it reliability or voluntariness, is considered by judges as being exhaustive, Chief Justice Freedman in an article he wrote (S. Freedman, "Admissions and Confessions", at pp. 95 *et seq.*, in R.E. Salhany and R.J. Carter, ed., *Studies in Canadian Criminal Evidence*, 1972) had this to say (at p. 99):

> It is justice then that we seek, and within its broad framework we may find the true reasons for the rule excluding induced confessions. Undoubtedly, as already stated, the main reason for excluding them is the danger that they may be untrue. But there are other reasons, stoutly disclaimed by some judges, openly professed by others, and silently acknowledged by still others—the last perhaps being an instance of an 'inarticulate major premise' playing its role in decision-making. These reasons, all of them, are rooted in history. They are touched with memories of torture and the rack, they are bound up with the cause of individual freedom, and they reflect a deep concern for the integrity of the judicial process. [The underlining is mine.]

A close look at the reported cases substantiates quite convincingly what Chief Justice Freedman said; trial judges are sanctioning, when appropriate, what they think is, under the circumstances of each case, seriously unfair, oppressive, or undesirable conduct on the part of persons in authority by excluding even reliable statements through a liberal interpretation of the voluntariness rule or of the reliability test, whichever is more convenient, and quite understandably through a more stringent application of the rules of evidence concerning the credibility of witnesses and the burdens of proof and of persuasion that rest upon the shoulders of the authorities.

Former Chief Justice Gale, of Ontario, had this to say when, as a trial judge, he delivered judgment on a *voir dire* (*R. v. McCorkell*, cited in "Notes and Comments", (1964-65) 7 Crim. L.Q. 395, at pp. 396-7):

poir, la crainte ou le peu de fiabilité ne sont pas imputables aux autorités, sont aussi peu fiables; en outre, ce n'est pas parce que le défaut possible de fiabilité de la déclaration résulte de ce que des personnes en situation d'autorité ont dit ou ont fait que le juge des faits est moins capable d'apprécier cette preuve et qu'il devrait en être empêché par l'opération d'une règle d'exclusion.

Quant à savoir si les juges estiment que le critère, que ce soit la fiabilité ou le caractère volontaire, est exhaustif, le juge en chef Freedman a écrit un article (S. Freedman, «Admissions and Confessions» aux pp. 95 et suiv., dans R.E. Salhany et R.J. Carter (éd.), *Studies in Canadian Criminal Evidence*, 1972) dans lequel il dit (à la p. 99):

> [TRADUCTION] C'est la justice que nous recherchons alors, et nous pouvons trouver dans son cadre général les motifs véritables de la règle d'exclusion des confessions provoquées. Sans nul doute, comme je l'ai déjà dit, le danger qu'elles soient fausses est le motif principal de leur rejet. Mais il y a d'autres motifs, que certains juges refusent résolument d'admettre, que d'autres déclarent ouvertement, et que d'autres encore reconnaissent tacitement—ce dernier cas en étant peut-être un où une règle fondamentale non écrite joue un rôle dans la prise de décision. Tous ces motifs ont leur racine dans l'histoire. Ils portent le souvenir de la torture et du supplice, ils sont liés à la cause de la liberté individuelle, et ils sont l'expression d'une préoccupation profonde pour l'intégrité de la justice. [C'est moi qui souligne.]

Un examen attentif de la jurisprudence publiée justifie de manière convaincante l'affirmation du juge en chef Freedman; lorsqu'il le faut, les juges du procès condamnent ce qu'ils estiment, dans les circonstances de chaque cas, être une conduite gravement injuste, oppressive ou inopportune de la part des personnes en situation d'autorité: ils vont même jusqu'à exclure des déclarations fiables en interprétant libéralement la règle du caractère volontaire ou du critère de fiabilité, en prenant celui qui convient le mieux et, cela est bien compréhensible, en appliquant plus rigoureusement les règles de preuve relatives à la crédibilité des témoins et les fardeaux de preuve et de persuasion qui incombent aux autorités.

A titre de juge du procès, l'ancien juge en chef Gale de l'Ontario a dit, dans un jugement rendu sur un voir dire (*R. v. McCorkell*, cité à «Notes and Comments», (1964-65) 7 Crim. L.Q. 395, aux pp. 396 et 397):

... I am prepared to conclude that they went there in perfectly good faith to speak to the accused. They cautioned him again and he made certain disclosures. Strictly speaking, I concede that these statements were probably voluntary on his part within the meaning of that word under the authorities. However, in my discretion, I am not going to allow them to be admitted as part of the trial, believing as I do that the sanctity of the relationship between a solicitor and his client is not to be lightly frittered away and ought not to be violated, even though innocently as in this case.

It is my opinion that once an accused person has retained counsel to the knowledge of the police or other persons in authority, the latter ought not to endeavour to interview and question that accused person without first seeking and obtaining the concurrence of his solicitor. So strong is my view in this respect that I am therefore exercising my discretion in the way I have indicated, perhaps wrongly, because, strictly speaking, the statement thus procured was probably admissible. I decline, however, to give any encouragement in the future to persons in authority to circumvent the position of an accused's solicitor by going directly to speak to the accused. [The underlining is mine.]

He was one of those who, to use the terms of Chief Justice Freedman, "openly professed" what a great many more "silently", but not less effectively, "acknowledge".

Bringing about a guilty suspect to admit guilt in a statement is not in itself an improper activity. It is only to be repressed if it is done in a way that offends our basic values, that is in a manner which be contrary to the rules of law we have developed for their protection and furtherance. Our criminal justice system has vested the courts with two responsibilities: the protection of the innocent against conviction; and the protection of the system itself by ensuring that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society. These concerns have brought about the elaboration by judges and legislatures of procedural and evidentiary safeguards. The concern for the innocent resulted in the reasonable doubt rule (the burden of persuasion) and, considering the individual citizen's position when facing the awesome power of the state, in our putting on the

[TRADUCTION] ... je suis prêt à conclure qu'ils se sont présentés en toute bonne foi pour parler à l'accusé. Ils l'ont mis en garde de nouveau et il a fait certaines divulgations. En droit strict, j'admets que ces déclarations étaient probablement volontaires de sa part au sens que la jurisprudence donne à ce mot. Cependant, me fondant sur mon pouvoir discrétionnaire, je n'ai pas l'intention de permettre qu'elles soient reçues en preuve au procès, puisque j'estime que le caractère sacré de la relation de l'avocat avec son client ne doit pas être réduit à néant ni ne doit être violé, même de façon innocente comme fut le cas en l'espèce.

Je suis d'avis que lorsqu'un accusé a retenu les services d'un avocat à la connaissance de la police ou d'autres personnes en situation d'autorité, ces derniers ne doivent pas tenter d'interroger l'accusé ou de lui poser des questions sans avoir d'abord demandé et obtenu le consentement de son avocat. Mon opinion est à ce point ferme à cet égard que j'exerce mon pouvoir discrétionnaire dans le sens que j'ai indiqué, peut-être à tort, parce que, en droit strict, la déclaration ainsi obtenue était probablement recevable. Je refuse cependant d'encourager pour l'avenir les personnes en situation d'autorité à circonvenir la position de l'avocat d'un accusé en communiquant directement avec l'accusé. [C'est moi qui souligne.]

Il était de ceux qui, suivant les termes du juge en chef Freedman, «déclarent ouvertement» ce que beaucoup d'autres «reconnaissent tacitement» mais non moins réellement.

Amener un suspect qui est coupable à admettre sa culpabilité dans une déclaration n'est pas en soi une conduite incorrecte. Ce geste ne doit être réprimé que s'il est fait d'une façon qui enfreint nos valeurs fondamentales, c.-à-d. d'une façon qui soit contraire aux règles de droit que nous avons établies en vue de les protéger et de les faire progresser. Notre système de justice pénale a attribué deux responsabilités aux tribunaux: la protection de l'innocent contre une condamnation, et la protection du système lui-même en s'assurant que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société. Ces préoccupations ont amené l'élaboration, par les juges et le législateur, de garanties en matière de procédure et de preuve. La préoccupation à l'égard de l'innocent a abouti à la règle du doute raisonnable (le fardeau de persuasion) et, étant donné la situation de

shoulders of the state the burden of proof; the concern for the process' respectability resulted in three corollaries:

1. the right for any person not to be convicted through the use against him or her of evidence adduced under oath through compulsion by the law (the protection afforded by s. 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10),
2. the right for an accused not to be compelled as a witness at his own trial,
3. the exclusion of statements the admission of which because of conduct on the part of authorities would be more damaging to the systems reputation than that resulting from a guilty accused's acquittal.

It is on the second and third of these corollaries that the rule as regards the admissibility of confessions is predicated and it is with regard to this rationalization that the rule should be formulated and then applied.

As I have said earlier, if there existed in Canada a general right to no self-crimination, any statement made by a person to persons in authority other than a voluntary statement would not, at a minimum, be admissible in evidence against that person at his or her trial. As that right (apart from the protection of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*) is limited to one's right not to be compelled as a witness in one's trial, it is only if and to the extent the statement is used by the Crown in a way that would amount to such compulsion that the statement should be excluded.

Evidence tendered by the Crown will usually quite normally have the effect of eventually forcing the accused to take the stand or stand convicted. One could not say that by doing so the Crown transgresses the accused's right to stay mute. The accused's right to stay mute or to testify is a choice he will make in light of the probative value of the evidence adduced in and against his interest.

Special considerations however arise when dealing with statements, which, as we all know, are, when tendered in evidence by the Crown, in some way damaging to the accused's defence. That there

chaque citoyen qui affronte le pouvoir imposant de l'Etat, à ce que nous fassions supporter par l'Etat le fardeau de la preuve; la préoccupation à l'égard de la respectabilité du processus judiciaire a abouti aux trois corollaires suivants:

1° le droit pour toute personne de ne pas être déclarée coupable par suite de l'utilisation, contre elle, d'un témoignage que la loi l'oblige à faire sous serment (la protection qu'accorde l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10),
2° le droit, pour un accusé, de ne pas être contraint de témoigner à son propre procès,
3° l'exclusion des déclarations dont l'admission en preuve ferait, à cause de la conduite des autorités, plus de tort à la réputation du système que n'en ferait l'acquittement d'un accusé coupable.

C'est sur le deuxième et le troisième corollaires que se fonde la règle portant sur la recevabilité des confessions, et c'est eu égard à cette justification que la règle doit être formulée et appliquée.

Comme je l'ai déjà dit, s'il y avait au Canada un droit général de ne pas s'incriminer, toute déclaration, autre qu'une déclaration volontaire, que fait une personne à des personnes en situation d'autorité serait tout au moins irrecevable en preuve contre cette personne à son procès. Comme ce droit (à l'exception de la protection prévue par le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*) se limite au droit qu'a une personne de ne pas être contrainte à témoigner à son procès, ce n'est que si la poursuite utilise la déclaration d'une façon qui équivaut à une telle contrainte, et dans la mesure où elle le fait, que la déclaration doit être exclue.

La preuve que présente la poursuite aura habituellement pour conséquence normale de forcer en fin de compte l'accusé à venir à la barre ou à être déclaré coupable. On ne peut dire qu'en agissant ainsi, la poursuite viole le droit qu'a l'accusé de garder le silence. Le droit de l'accusé de garder le silence ou de témoigner est un choix qu'il fera en fonction de la valeur probante de la preuve produite en sa faveur ou contre lui.

Il faut cependant examiner de façon particulière le cas des déclarations qui, nous le savons tous, nuisent, d'une manière ou d'une autre, à la défense de l'accusé lorsque la poursuite les présente en

need be a special approach to statements is not because they are frequently unreliable but because any unreliability surrounding them will usually be adduced only through the accused's own testimony. Elements affecting a statement's reliability, when present, generally have the effect of forcing the accused into the witness stand and then, if this were to happen before the trier of fact, being subject to cross-examination at large. But this is equally so of other types of evidence and is not, nor should it be, reason in itself for excluding evidence. One surely cannot say that because the Crown is tendering as evidence a statement of alleged questionable reliability that it is, any more so than in the case of other types of evidence, indirectly transgressing the accused's right not to testify by forcing him to take the stand and to attack its reliability. But I think that such is the case if the Crown's agents are responsible by what they said or did for the possible presence of these elements of unreliability, whatever might those words or that conduct have been.

As a result a first conclusion may be drawn: a statement before being left to the trier of fact for consideration of its probative value should be the object of a *voir dire* in order to determine, not whether the statement is or is not reliable, but whether the authorities have done or said anything that could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue. It is of the utmost importance to keep in mind that the inquiry is not concerned with reliability but with the authorities' conduct as regards reliability. In passing, I should like to mention that considering whether a confession, the reliability of which has been confirmed by real evidence, should be treated differently from others, whether an accused testifying on a *voir dire* should be asked questions relating to the statement's truthfulness, and indeed the very definition of a "person in authority", are matters that, given the opportunity to do so, should be considered in the light of that important distinction.

This first conclusion leads naturally to certain others: that reliability is not the rationale of the voluntariness test, also, that voluntariness, as Lord

preuve. Ce n'est pas parce qu'elles sont souvent peu fiables qu'il faut aborder les déclarations d'une façon particulière, mais parce que tout défaut de fiabilité les entourant ne pourra habituellement être révélé que par le propre témoignage de l'accusé. S'il s'en trouve, les éléments portant atteinte à la fiabilité d'une déclaration ont en général pour effet de forcer l'accusé à venir témoigner et, si cela se produit devant le juge des faits, de le soumettre à un contre-interrogatoire détaillé. Mais il en est également ainsi d'autres genres de preuves, et ce n'est pas ni ne doit être en soi un motif d'exclure une preuve. On ne peut sûrement pas dire que la poursuite, parce qu'elle met en preuve une déclaration dont la fiabilité peut être mise en doute, viole ainsi indirectement, plus que dans le cas d'autres genres de preuves, le droit de l'accusé de ne pas témoigner en le forçant à venir à la barre et à en attaquer la fiabilité. Mais je crois qu'il en est ainsi si les mandataires de la poursuite sont responsables, par ce qu'ils ont dit ou fait, de la présence possible de ces éléments qui en affectent la fiabilité et ce, peu importe ce qu'ils aient dit ou fait.

On peut par conséquent tirer une première conclusion: avant de permettre au juge des faits d'en examiner la valeur probante, une déclaration doit être soumise au voir dire en vue d'établir non pas si la déclaration est digne de foi, mais si les autorités ont fait ou dit une chose qui ait pu amener l'accusé à faire une déclaration qui soit ou qui puisse être fausse. Il importe au plus haut point de se rappeler que l'enquête ne porte pas sur la fiabilité mais sur la conduite des autorités relativement à la fiabilité. En passant, je veux souligner que le fait qu'une confession, dont la véracité a été confirmée par une preuve réelle, puisse être traitée différemment des autres, le fait de pouvoir poser à un accusé témoignant à un voir dire des questions relatives à la véracité de la déclaration et, bien sûr, la définition même d'une «personne en situation d'autorité» sont des questions qui, si on a l'occasion de le faire, devraient toutes être reconsidérées en fonction de cette importante distinction.

Cette première conclusion mène naturellement à certaines autres conclusions: que la fiabilité n'est pas la raison d'être du critère volontaire; aussi, que

Sumner himself recognized in *Ibrahim*, ("voluntariness" but "in the sense that it has not been obtained . . . ") is not really the test.

The first rationale for the confession rule is the repression of conduct on the part of the authorities that indirectly frustrates an accused's right not to testify; the test that corresponds to this first rationale is whether the authorities did anything in eliciting those statements that might affect its reliability.

Would this then mean that voluntariness is of no relevance whatever? I think not. Clearly, the elicitation, against a suspect's will, of a statement usually will, though not always, be the result on the part of the authorities of conduct that will be such as might affect that statement's reliability. But what if not? What if, as in this case, the statement was the result of a ruse or again what if the authorities resorted to truth serum, or hypnotism, but did nothing to render that statement unreliable? As I have stated earlier, mere lack of voluntariness cannot as such be a reason for excluding a statement as there is no general right to no self-crimination.

Now let us assume that the statement is unreliable, but through no fault on the part of the authorities; if at the same time it was extracted from the suspect against his will as a result of what the authorities have said or did, could it not be argued that, by eliciting the statement, the authorities, though not responsible for unreliable evidence going to the trier of fact, are none the less responsible for the accused's having to take the stand and that, as a result, all involuntary statements should be excluded as a breach by the Crown of the accused's right not to be compelled to testify?

It is of importance, before answering this question, to bear in mind the difference between the situation where the authorities will be responsible for the trier of fact being given a possible unreli-

le caractère volontaire, comme lord Sumner l'a reconnu lui-même dans l'arrêt *Ibrahim*, («volontaire» mais «c'est-à-dire qui n'a pas été obtenue . . . ») n'est pas le véritable critère.

La première raison d'être d'une règle de recevabilité en matière de confession est la répression, chez les autorités, d'une conduite qui neutralise indirectement le droit d'un accusé à ne pas témoigner; le critère correspondant à cette première raison d'être est de savoir si les autorités ont, en obtenant ces déclarations, fait une chose qui puisse nuire à leur fiabilité.

Cela voudrait-il dire que le caractère volontaire n'a aucune pertinence? Je ne le crois pas. Il est clair que l'obtention d'une déclaration contre la volonté d'un suspect sera habituellement, bien que ce ne soit pas toujours le cas, la conséquence, de la part des autorités, d'une conduite susceptible de nuire à la fiabilité de cette déclaration. Mais qu'arrive-t-il si ce n'est pas le cas? Qu'arrive-t-il si, comme en l'espèce, la déclaration est obtenue par ruse ou encore, si les autorités ont recours au sérum de vérité, ou à l'hypnotisme mais ne font rien qui rende cette déclaration peu digne de foi? Comme je l'ai déjà dit, la simple absence du caractère volontaire ne peut en soi être un motif pour exclure une déclaration puisqu'il n'y a pas de droit général de ne pas s'incriminer.

Supposons maintenant que la déclaration ne soit pas digne de foi, mais sans qu'il y ait faute de la part des autorités. Si en même temps elle a été soutirée à un suspect contre sa volonté par suite de ce que les autorités ont dit ou ont fait, ne pourrait-on pas soutenir que, ayant provoqué la déclaration, et bien qu'elles ne soient pas responsables de la présentation d'une preuve peu digne de foi au juge des faits, les autorités sont néanmoins responsables de ce que l'accusé doit venir témoigner et que, par conséquent, toutes les déclarations involontaires doivent être exclues parce qu'elles constituent une violation, par la poursuite, du droit de l'accusé de ne pas être contraint à témoigner?

Avant de répondre à cette question, il importe de se rappeler la différence entre la situation suivant laquelle les autorités sont responsables d'avoir fourni au juge des faits une déclaration qui peut

able statement by conduct which is the very cause of such unreliability and that where they are responsible but only because they elicited such a statement against the accused's will.

Indeed, though we have shifted from considering conduct of the authorities that might affect the statement's reliability to that of considering their conduct which affects a suspect's free will, we have not changed the purpose for doing so, namely, the protection of the accused's right not to be compelled to testify at his trial; we are therefore concerned with his free will only to the extent its frustration has an adverse effect on that right. If lack of voluntariness, when considered in this way, were to result automatically in the exclusion of all unwilling statements this would then be, in my opinion, an overextension of the right of an accused to stand mute, and would amount to introducing indirectly into our system a facet of the general privilege of no self-crimination we do not have in this country. Should this then mean that lack of voluntariness is but relevant if it is the result of conduct on the part of the authorities that might affect the statement's reliability? In fact, that voluntariness *per se* is irrelevant? And if this is so, would this necessarily mean that the reliability test is exhaustive.

One should expect but few of the guilty to admit spontaneously their wrongdoing and should recognize that such admissions when made in or out of court are, more often than not, the result of the effectiveness of the investigative forces. As I have said earlier, there is nothing inherently wrong in outsmarting criminals into admitting their guilt or into jeopardizing the liberty they might be tempted to take with the truth in the course of their trial. Our concern with voluntariness, apart from its aforementioned relation to unreliability, is part of, and, for that reason, in a sense limited to when it equates to, a more general concern we have for the integrity of the criminal justice system. As the criminal justice system exists for the protection of the values we cherish the most as a society, we

être fausse du fait d'une conduite qui soit la cause même de ce défaut de fiabilité, et celle suivant laquelle elles sont responsables uniquement parce qu'elles ont obtenu une déclaration contre la volonté de l'accusé.

En fait, même si nous sommes passés de l'examen de la conduite des autorités susceptible d'avoir des conséquences sur la fiabilité de la déclaration à l'examen de leur conduite qui agit sur le libre arbitre d'un accusé, nous n'avons pas modifié le motif de le faire, soit la protection du droit de l'accusé de ne pas être contraint à témoigner à son procès. Nous nous préoccupons donc de son libre arbitre uniquement dans la mesure où la frustration de son libre arbitre a des conséquences négatives sur ce droit. Si, vue sous cet angle, l'absence du caractère volontaire devait mener automatiquement à l'exclusion de toutes les déclarations qu'on n'a pas voulu faire, ce serait alors, à mon avis, accroître de façon démesurée le droit d'un accusé de garder le silence, et cela équivaudrait à introduire indirectement dans notre système un aspect du privilège général contre l'autoincrimination que nous n'avons pas dans ce pays. Cela voudrait-il dire alors que l'absence du caractère volontaire n'est pertinente que si elle résulte d'une conduite, de la part des autorités, qui puisse porter atteinte à la fiabilité de la déclaration? Qu'en fait, le caractère volontaire n'est pas pertinent en soi? Et si c'est le cas, cela voudrait-il dire que le critère de la fiabilité est exhaustif?

On doit s'attendre à ce que peu de personnes coupables admettent spontanément leur méfait, et on doit reconnaître que de tels aveux, lorsqu'ils sont faits en cour ou hors de cour, sont, la plupart du temps, le résultat de l'efficacité des enquêteurs. Comme je l'ai déjà dit, il n'y a rien de mal en soi à amener, par ruse, les criminels à admettre leur culpabilité ou à compromettre les libertés qu'ils peuvent être tentés de prendre avec la vérité au cours de leur procès. La préoccupation que nous avons pour le caractère volontaire, mis à part son rapport avec le défaut de fiabilité déjà mentionné, est un élément de la préoccupation plus générale que nous avons pour l'intégrité du système de justice pénale; pour ce motif, elle se restreint en un sens à coïncider avec cette préoccupation plus

consider it counter-productive to the very aims and purposes of the system to admit as evidence against an accused a statement elicited by means that amount to a blatant disregard for those values and others of equal importance we are seeking to protect through the prosecution of his alleged crime. Lack of voluntariness (when not due to conduct by the authorities resulting in possible unreliability) will be of concern if the methods resorted to by the authorities in eliciting that unwilling statement have that negative effect.

This concern by the courts for the protection of the integrity of the system has always been present when defining voluntariness, its alleged (in my opinion wrongly so) rationale, and the existence of some residual discretion. Unfortunately, because this concern was not clearly identified and dealt with in an autonomous and comprehensive way, endeavours to rationalize the confession rule have given somewhat blurred results. This difficulty was compounded by the fact that we have tried to accommodate this concern within the two parameters of the *Ibrahim* pronouncement: voluntariness and reliability. As a result, the extent to which we have stretched the voluntariness test to deal on an *ad hoc* basis with statements that had to be excluded but could not be so through the reliability test has clashed with another quite legitimate concern we have also had not to jeopardize the police in their work. The reasons given by this Court in *Horvath* and indeed in many other cases by other courts amply illustrate the point. There are situations where it is desirable that a statement that is not voluntary be admitted, and there are other situations where it should certainly not—(I am speaking here of voluntariness in a wide sense and where lack of voluntariness is not the result of conduct by the authorities that would be dealt with through the reliability test). In fact there are situations where a statement, though given voluntarily in any sense one can reasonably give to that word and notwithstanding the absence of any conduct on the part of the authorities that might affect its reliability, should nevertheless be exclud-

générale. Comme le système de justice pénale existe pour protéger les valeurs que nous chérissons le plus en tant que société, nous estimons contraire aux buts et objectifs mêmes du système d'admettre en preuve contre un accusé une déclaration obtenue par des moyens qui équivalent à un manque d'égards criant pour ces valeurs et d'autres valeurs tout aussi importantes que nous cherchons à protéger en poursuivant le crime qu'on lui impute. On tiendra compte de l'absence du caractère volontaire (lorsqu'elle ne résulte pas d'un comportement des autorités qui aboutit à un possible défaut de fiabilité) si les moyens que les autorités ont employés pour obtenir cette déclaration non volontaire ont cet effet négatif.

Les cours ont toujours eu cette préoccupation pour la protection de l'intégrité du système quand il s'est agi de définir le caractère volontaire, la raison d'être qu'on lui attribue (à tort à mon avis) et l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel. Malheureusement, parce que cette préoccupation n'a pas été identifiée clairement et traitée de façon autonome et complète, les efforts en vue de rationaliser la règle sur la recevabilité des confessions ont produit des résultats quelque peu confus. Cette difficulté était plus grande du fait que nous avons essayé d'adapter cette préoccupation dans le cadre des deux paramètres établis dans l'arrêt *Ibrahim*: le caractère volontaire et la fiabilité. Par conséquent, l'extension que nous avons donnée au critère du caractère volontaire pour exclure, dans chaque cas d'espèce, les déclarations qui devaient l'être mais qu'on ne pouvait exclure en utilisant le critère de la fiabilité, s'est heurtée à une autre préoccupation bien légitime que nous avions de ne pas compromettre le travail de la police. Les motifs que cette Cour a donnés dans l'arrêt *Horvath*, et que d'autres cours ont donnés dans de nombreux autres arrêts, illustrent ce point. Il y a des cas où il est souhaitable de recevoir une déclaration qui n'est pas volontaire, et il y en a d'autres où elle ne doit certainement pas l'être—(je parle ici du caractère volontaire au sens large, lorsque l'absence de ce caractère ne résulte pas d'une conduite des autorités qui serait sanctionnée au moyen du critère de la fiabilité). En fait, il y a des cas où une déclaration, même si elle est volontaire dans tous les sens qu'on peut raisonnablement attribuer à ce mot, et

ed as seriously damaging the system's respectability. Lack of voluntariness is but a symptom that might indicate, but not necessarily so, that the authorities have done something that could have induced the accused to make an unreliable statement or that the statement was elicited in a way damaging to the system's integrity. For this reason it is preferable that voluntariness not be referred to when enunciating the rule (nor indirectly so through the use of expressions such as—oppression—not the result of a free operating mind—the result of a complete emotional disintegration) as it is only one of the factors to be considered along with many others, when deciding if the tendering as evidence of a statement would damage the system's integrity or whether it would amount to a transgression of the accused's right not to testify.

As regards the reliability test, I find it convenient and appropriate to retain the *Alward* formulation since it seems to have already met with some approval in this Court, to which should be added, in order to deal with our concern for the integrity of the judicial process, a norm and its formulation that has already met with the approval of Parliament when enacting s. 178.16 of the *Criminal Code:*

178.16 (1) A private communication that has been intercepted is inadmissible as evidence against the originator of the communication or the person intended by the originator to receive it unless

(*a*) the interception was lawfully made; or

(*b*) the originator thereof or the person intended by the originator to receive it has expressly consented to the admission thereof;

but evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication is not inadmissible by reason only that the private communication is itself inadmissible as evidence.

(2) Notwithstanding subsection (1), the judge or magistrate presiding at any proceedings may refuse to admit evidence obtained directly or indirectly as a result of information acquired by interception of a private communication that is itself inadmissible as evidence

nonobstant l'absence d'une conduite, de la part des autorités, qui puisse porter atteinte à sa fiabilité, doit néanmoins être exclue parce qu'elle nuit gravement à la respectabilité du système. L'absence du caractère volontaire n'est qu'un indice qui peut révéler, bien que ce ne soit pas toujours le cas, que les autorités ont fait une chose qui aurait pu amener l'accusé à faire une déclaration peu digne de foi, ou que la déclaration a été obtenue d'une façon qui porte préjudice à l'intégrité du système. C'est pourquoi il est préférable, dans la formulation de la règle, de ne pas parler du caractère volontaire (ni d'en parler indirectement en employant des expressions telles—oppression—propos qui ne sont pas le produit d'un esprit totalement conscient—propos qui sont le produit d'un effondrement émotionnel complet), puisque ce n'est qu'un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour décider si la production d'une déclaration en preuve peut porter atteinte à l'intégrité du système ou contrevenir au droit de l'accusé de ne pas témoigner.

Quant au critère de la fiabilité, j'estime utile et approprié de conserver la formulation de l'arrêt *Alward* qui semble avoir déjà reçu une certaine approbation de cette Cour, à laquelle il faudrait ajouter, afin de tenir compte de notre préoccupation à l'égard de l'intégrité du processus judiciaire, une norme dont la formulation a déjà reçu l'approbation du Parlement lorsqu'il a adopté l'art. 178.16 du *Code criminel*:

178.16 (1) Une communication privée qui a été interceptée est inadmissible en preuve contre son auteur ou la personne à laquelle son auteur la destinait à moins

a) que l'interception n'ait été faite légalement, ou

b) que l'auteur de la communication privée ou la personne à laquelle son auteur la destinait n'ait expressément consenti à ce qu'elle soit admise en preuve,

toutefois les preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée ne sont pas inadmissibles du seul fait que celle-ci l'est.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), le juge ou le magistrat qui préside à une instance quelconque peut refuser d'admettre en preuve des preuves découlant directement ou indirectement de l'interception d'une communication privée qui est elle-même inadmissible s'il

where he is of the opinion that the admission thereof would bring the administration of justice into disrepute. [The underlining is mine.]

. . .

Therefore, the rules regarding the admissibility of statements by an accused to persons in authority may be enunciated in the following manner:

1. A statement made by the accused to a person in authority is inadmissible if tendered by the prosecution in a criminal proceeding unless the judge is satisfied beyond a reasonable doubt that nothing said or done by any person in authority could have induced the accused to make a statement which was or might be untrue;
2. A statement made by the accused to a person in authority and tendered by the prosecution in a criminal proceeding against him, though elicited under circumstances which would not render it inadmissible, shall nevertheless be excluded if its use in the proceedings would, as a result of what was said or done by any person in authority in eliciting the statement, bring the administration of justice into disrepute.

I would emphasize that under the above mentioned second rule the judge is not exercising a pure discretion to exclude, as is the case under s. 178.16(2) of the *Criminal Code*, and that his finding is to be dealt with in appeal as any other finding, subject to the differences and limits of the Appeal Court's jurisdiction as defined by ss. 603 and 605 of the *Criminal Code*.

I hasten to say also that, if the second portion of the rule is not a true discretion, it is even less a blanket discretion given judges to repudiate through an exclusionary rule any conduct on the part of the authorities a given judge might consider somewhat unfortunate, distasteful or inappropriate. There first must be a clear connection between the obtaining of the statement and the conduct; furthermore that conduct must be so shocking as to justify the judicial branch of the criminal justice system in feeling that, short of disassociating itself from such conduct through rejection of the statement, its reputation and, as a result, that of the whole criminal justice system, would be brought into disrepute.

est d'avis que leur admission en preuve ternirait l'image de la justice. [C'est moi qui souligne.]

. . .

Par conséquent, les règles concernant la recevabilité des déclarations que fait un accusé à des personnes en situation d'autorité peuvent être énoncées de la façon suivante:

1. Une déclaration que fait un accusé à une personne en situation d'autorité est irrecevable de la part de la poursuite dans une instance criminelle à moins que le juge soit convaincu hors de tout doute raisonnable qu'aucune personne en situation d'autorité n'a fait ou dit quoi que ce soit qui ait pu inciter l'accusé à faire une déclaration qui soit ou puisse être fausse;
2. Une déclaration que fait l'accusé à une personne en situation d'autorité, même si elle a été obtenue dans des circonstances qui ne la rendent pas irrecevable de la part de la poursuite dans une instance criminelle, doit néanmoins être exclue si, par suite de ce qu'aurait pu dire ou faire une personne en situation d'autorité dans le but d'obtenir la déclaration, l'utilisation qu'on en ferait dans l'instance ternirait l'image de la justice.

Je soulignerais qu'en vertu de la seconde règle mentionnée ci-dessus, le pouvoir d'exclure une déclaration n'est pas purement discrétionnaire, comme c'est le cas en vertu du par. 178.16(2) du *Code criminel*, et que cette décision est susceptible d'appel comme toute autre décision, sous réserve des différences et des restrictions afférentes à la compétence de la Cour d'appel comme le prévoient les art. 603 et 605 du *Code criminel*.

Je m'empresse également d'ajouter que, si la seconde partie de la règle ne confère pas un véritable pouvoir discrétionnaire, elle confère encore moins aux juges un pouvoir général de désavouer, au moyen d'une règle d'exclusion, toute conduite des autorités qu'un d'entre eux pourrait estimer regrettable, répugnante ou inconvenante. Il doit y avoir d'abord un lien étroit entre l'obtention de la déclaration et la conduite; en outre, cette conduite doit être si indigne que la magistrature qui administre la justice criminelle soit justifiée de croire que, à moins de se dissocier de cette conduite en rejetant la déclaration, sa réputation et, par conséquent, celle de tout le système judiciaire, sera ternie.

The judge, in determining whether under the circumstances the use of the statement in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute, should consider all of the circumstances of the proceedings, the manner in which the statement was obtained, the degree to which there was a breach of social values, the seriousness of the charge, the effect the exclusion would have on the result of the proceedings. It must also be borne in mind that the investigation of crime and the detection of criminals is not a game to be governed by the Marquess of Queensbury rules. The authorities, in dealing with shrewd and often sophisticated criminals, must sometimes of necessity resort to tricks or other forms of deceit and should not through the rule be hampered in their work. What should be repressed vigorously is conduct on their part that shocks the community. That a police officer pretend to be a lock-up chaplain and hear a suspect's confession is conduct that shocks the community; so is pretending to be the duty legal-aid lawyer eliciting in that way incriminating statements from suspects or accused; injecting Pentothal into a diabetic suspect pretending it is his daily shot of insulin and using his statement in evidence would also shock the community; but generally speaking, pretending to be a hard drug addict to break a drug ring would not shock the community; nor would, as in this case, pretending to be a truck driver to secure the conviction of a trafficker; in fact, what would shock the community would be preventing the police from resorting to such a trick.

Pour décider si, dans les circonstances, l'utilisation de la déclaration dans l'instance ternirait l'image de la justice, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de l'instance, de la façon dont la déclaration a été obtenue, de la mesure dans laquelle on a porté atteinte aux valeurs sociales, de la gravité de l'accusation, de l'effet qu'aurait l'exclusion sur l'issue des procédures. Il faut aussi se rappeler qu'une enquête en matière criminelle et la recherche des criminels ne sont pas un jeu qui doive obéir aux règles du marquis de Queensbury. Les autorités, qui ont affaire à des criminels rusés et souvent sophistiqués, doivent parfois user d'artifices et d'autres formes de supercherie, et ne devraient pas être entravées dans leur travail par l'application de la règle. Ce qu'il faut réprimer avec vigueur, c'est, de leur part, une conduite qui choque la collectivité. Qu'un policier prétende être l'aumônier d'un centre de détention et entende la confession d'un suspect, c'est là une conduite qui choque la collectivité; il en est de même du fait de se présenter comme avocat d'office de l'aide juridique pour obtenir ainsi des suspects ou des accusés des déclarations incriminantes; donner une injection de penthotal à un suspect atteint de diabète en prétendant lui administrer sa dose quotidienne d'insuline et utiliser sa déclaration en preuve choquerait aussi la collectivité. Mais en général, se prétendre toxicomane pour démanteler un réseau de drogue ne choquerait pas, pas plus que se prétendre, comme en l'espèce, conducteur de camion pour obtenir la condamnation d'un trafiquant; en fait, ce qui choquerait la collectivité serait d'empêcher la police d'utiliser un tel artifice.

It must be remembered that the first part of the rule, the reliability test, will have dealt with most of the situations and that the second part of the rule would come into operation on very rare occasions since such conduct would usually have some effect on the reliability of the statement. Nevertheless, it is in my opinion all the more important to have a rule that is available to deal with those situations which, thanks to the high standard of conduct of the vast majority of our police officers, will be very few but for that reason all the more deserving of immediate and vigorous rebuke.

Il faut se rappeler que la première partie de la règle, le critère de la fiabilité, réglera la plupart des cas et que la seconde partie ne s'appliquera qu'en de très rares occasions puisque la conduite réprimée aura habituellement eu un effet sur la fiabilité de la déclaration. Néanmoins, il importe au plus haut point, à mon avis, d'avoir une règle qu'on peut utiliser dans ces cas qui, grâce au niveau élevé de conduite de la grande majorité des policiers, ne seront pas nombreux mais exigeront par conséquent, et d'autant plus, une réprimande immédiate et vigoureuse.

Applying the rule to this case, the trial judge had to ask himself if he was satisfied beyond a reasonable doubt that the lie by Constable McKnight to the accused could not have induced him into making a statement that might be untrue. It appears from what he said that he was satisfied that the lie did not have that effect. Applying the rule in the *Ibrahim* formulation he said (A.C., at p. 31):

> In the instant case I am satisfied that what Rothman said to Const. Earl Grant McKnight, and I might add, who was acting in the performance of his duty, would seem to have been free of both fear and prejudice, and free as well of hope of advantage by reason of the facts that he had been mislead or tricked into believing that he was speaking to a person actually held in custody.

But, he then went on to say:

> However, in light of the facts of this particular case, I believe that continuation of the intent to obtain a statement by this disguise puts into doubt whether the inculpatory statement had been properly elicited, and I feel that in the circumstances that I must rule against admissibility herein.

In coming to this last conclusion he committed in my opinion an error in law by applying the wrong test. To exclude the statement it was not sufficient that the judge have a doubt that it was elicited improperly; he had to find that the improper conduct on the part of the police, that is, to use his words, the "continuation of the intent to obtain a statement by this disguise", would bring the administration of justice into disrepute.

Applying that test, I cannot but come to the conclusion that there was no impropriety committed on the part of the police that would result in bringing the administration of justice into disrepute. I, therefore, agree with the majority of the Court of Appeal that the trial judge erred in law and that a new trial should be ordered.

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed, LASKIN C.J. *and* ESTEY J. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Scott T. Milloy, Ottawa.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

En appliquant la règle en l'espèce, le juge du procès devait se demander s'il était convaincu hors de toute doute raisonnable que le mensonge de l'agent McKnight à l'accusé ne pouvait avoir amené ce dernier à faire une déclaration qui puisse être fausse. Ce qu'il a dit indique qu'il était convaincu que le mensonge n'a pas eu cet effet. En appliquant la règle telle que formulée dans l'arrêt *Ibrahim*, il a dit (d.c., à la p. 31):

> [TRADUCTION] En l'espèce, je suis convaincu que la déclaration de Rothman à l'agent Earl Grant McKnight qui, je pourrais ajouter, agissait dans l'exécution de ses fonctions, ne semble pas être inspirée par la crainte d'un préjudice, ni par l'espoir d'un avantage du fait qu'il ait été induit en erreur ou amené à croire par la ruse qu'il parlait à un codétenu.

Mais il a ajouté:

> [TRADUCTION] Cependant, compte tenu des faits en l'espèce, je suis d'avis que la continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement fait douter que la déclaration incriminante ait été correctement obtenue, et dans les circonstances j'estime devoir conclure qu'elle est irrecevable ici.

Pour en arriver à cette dernière conclusion, je suis d'avis qu'il a commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère. Pour exclure la déclaration, il ne suffisait pas que le juge se doute qu'elle ait été obtenue incorrectement; il devait conclure que la conduite répréhensible de la part des policiers, c'est-à-dire, pour reprendre ses mots, la «continuité de l'intention d'obtenir une déclaration au moyen de ce déguisement», ternirait l'image de la justice.

Appliquant ce critère, je ne peux faire autrement que conclure que la police n'a rien fait qui puisse tenir l'image de la justice. Par conséquent, je souscris à l'opinion majoritaire de la Cour d'appel que le juge du procès a commis une erreur de droit et qu'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LASKIN *et le juge* ESTEY *étant dissidents.*

Procureur de l'appelant: Scott T. Milloy, Ottawa.

Procureur de l'intimée: R. Tassé, Ottawa.

The Athabasca Tribal Council *Appellant*;

and

Amoco Canada Petroleum Company Ltd., Chevron Standard Limited, Dome Petroleum Limited, Gulf Canada Resources Inc., Hudson's Bay Oil and Gas Company Limited, Pacific Petroleums Limited, Petrofina Canada Ltd., Shell Canada Resources Limited and Shell Explorer Limited

and

The Energy Resources Conservation Board of Alberta *Respondents*;

and

The Attorney General for the Province of Alberta *Intervener.*

1980: December 4 and 5; 1981: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Administrative law — Jurisdiction — Boards — Regulation of energy and energy resources — Affirmative action program — Whether or not Board had jurisdiction to make energy project approval conditional on inclusion of affirmative action project.

Civil rights — Discrimination — Affirmative action program — Racial criteria — Whether or not affirmative action criteria in breach of Alberta's Individual's Rights Protection Act — The Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 1970, c. 267, ss. 5, 43(1), (2), (3) — The Energy Resources Conservation Act, 1971 (Alta.), c. 30, ss. 2, 24(1), (2), 42(1) — The Individual's Rights Protection Act 1972 (Alta.), c. 2, ss. 6(1), 7(1), (2), 11.1(1), (2), (3).

This was an appeal from a judgment of the Alberta Court of Appeal dismissing appellant's appeal from a decision of the Energy Resources Conservation Board. The Board, although sympathetic to the wishes of the native peoples, had determined that it did not have jurisdiction under s. 43 of *The Oil and Gas Conservation Act*, or otherwise, to prescribe the implementation of an "affirmative action program" as a condition of its approval of a tar sands plant proposed by the respondent

The Athabasca Tribal Council *Appelant*;

et

Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée, Chevron Standard Limited, Dome Petroleum Limited, Gulf Canada Resources Inc., Hudson's Bay Oil and Gas Company Limited, Pacific Petroleums Limited, Petrofina Canada Ltd., Shell Canada Resources Limited et Shell Explorer Limited

et

The Energy Resources Conservation Board of Alberta *Intimés*;

et

Le procureur général de la province de l'Alberta *Intervenant.*

1980: 4 et 5 décembre; 1981: 22 juin.

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

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

Droit administratif — Compétence — Conseils — Réglementation de l'énergie et des ressources énergétiques — Programme d'action positive — Le Conseil a-t-il compétence pour exiger que l'approbation du projet énergétique soit assujettie à la mise en œuvre d'un programme d'action positive?

Libertés publiques — Discrimination — Programme d'action positive — Critères raciaux — Les critères du programme d'action positive contreviennent-ils à The Individual's Rights Protection Act de l'Alberta? The Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 1970, chap. 267, art. 5, 43(1), (2), (3) — The Energy Resources Conservation Act, 1971 (Alta), chap. 30, art. 2, 24(1), (2), 42(1) — The Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alta), chap. 2, art. 6(1), 7(1), (2), 11.1(1), (2), (3).

Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté l'appel formé par l'appelant contre une décision du Energy Resources Conservation Board. Le Conseil, quoique sympathique aux désirs des autochtones, a décidé qu'il n'a pas compétence en vertu de l'art. 43 de *The Oil and Gas Conservation Act*, ou de tout autre texte législatif, pour prescrire la mise en œuvre d'un «programme d'action positive» comme condition de son approbation d'une usine de traitement de

companies. Appellants contended that the Court of Appeal erred in holding that the Board did not have jurisdiction and that the affirmative action program would be in breach of *The Individual's Rights Protection Act*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and McIntyre JJ.: The Energy Resources Conservation Board did not have jurisdiction to prescribe the implementation of an affirmative action program as a condition of approval of a tar sands plant pursuant to *The Oil and Gas Conservation Act*. The Board's jurisdiction was governed by statute and was limited by the purposes of those statutes to the regulation and control of energy resources and energy in Alberta. To extend the Board's powers to include the responsibility for the social welfare of the inhabitants in natural resource areas, and therefore the affirmative action program, would require express language. The references to "the public interest" in *The Energy Resources Conservation Act* and *The Oil and Gas Conservation Act* were not a sufficient indication of the legislature's intention to endow the Board with authority to recommend the affirmative action program.

The issue of whether or not the proposed affirmative action program breached *The Individual's Rights Protection Act*, while not necessary to the determination of the appeal, warranted discussion. The Act would not be breached by such a program based on racial criteria. If the words "all persons are equal in dignity and rights without regard to race", found in the Act's preamble, were to have meaning and significance, the statute could not be read in a way to result in the very opposite effect of the declared purpose. The measures proposed by the affirmative action program should not be construed as "discriminating against" other inhabitants. The plan was not to displace non-Indians from their employment, but rather to advance the lot of Indians so that they could be in a competitive position to obtain employment without regard to the handicaps which their race inherited.

Per Martland, Beetz, Estey, Chouinard and Lamer JJ.: The Energy Resources Conservation Board, for the reasons given by Ritchie J., did not have jurisdiction to prescribe the implementation of an "affirmative action program" as a condition of approval of a tar sands plant pursuant to s. 43 of *The Oil and Gas Conservation Act*. This conclusion disposed of the appeal making it unnecessary to deal with the question of whether or not the

sables bitumineux que les sociétés intimées se proposent d'établir. Les appelants ont fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le Conseil n'a pas compétence et que le programme d'action positive contreviendrait à *The Individual's Rights Protection Act*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson et McIntyre: Le Conseil n'a pas compétence pour prescrire la mise en œuvre d'un programme d'action positive comme condition de l'approbation d'une usine de traitement de sables bitumineux en vertu de *The Oil and Gas Conservation Act*. La compétence du Conseil relève de certaines lois qui, par leurs objets, limitent cette compétence à la réglementation et au contrôle des ressources énergétiques et de l'énergie en Alberta. Seule une disposition expresse permettrait d'étendre les pouvoirs du Conseil à la responsabilité du bien-être social des habitants des régions riches en ressources naturelles et, partant, au programme d'action positive. Les mentions de «l'intérêt public» dans *The Energy Resources Conservation Act* et dans *The Oil and Gas Conservation Act* ne constituent pas une indication suffisante de l'intention de la législature de doter le Conseil du pouvoir de recommander le programme d'action positive.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de trancher la question de savoir si le programme d'action positive projeté contrevient à *The Individual's Rights Protection Act*, cette question mérite une certaine attention. Un programme de cette nature fondé sur des critères raciaux ne contreviendrait pas à la Loi. Si les mots «toutes les personnes sont égales quant à leur dignité et leurs droits indépendamment de la race», qui se trouvent au préambule de la Loi, ont une signification, on ne peut interpréter cette loi de manière à lui donner un effet diamétralement opposé à ce qu'elle dit être son objet. On ne doit pas conclure à l'existence de «mesures discriminatoires à l'égard» d'autres habitants dans les propositions que comporte le programme d'action positive. L'objet du plan n'est pas de chasser les non-Indiens de leurs emplois, mais plutôt d'améliorer le sort des Indiens pour qu'ils soient en mesure d'obtenir des emplois malgré les handicaps dont ceux de leur race ont hérité.

Les juges Martland, Beetz, Estey, Chouinard et Lamer: Pour les motifs exposés par le juge Ritchie, le Conseil n'a pas compétence pour prescrire la mise en œuvre d'un «programme d'action positive» comme condition de l'approbation d'une usine de traitement de sables bitumineux en vertu de l'art. 43 de *The Oil and Gas Conservation Act*. Cette conclusion tranche l'appel et il n'est donc pas nécessaire que la Cour se prononce sur la

proposed "affirmative action program" would constitute discrimination against non-Indians contrary to s. 6(1) of *The Individual's Rights Protection Act*.

Regents of the University of California v. Bakke, 98 S.Ct. 2733 (1978); *United Steelworkers of America v. Weber*, 99 S.Ct. 2721 (1979), distinguished.

APPEAL from the judgment of the Alberta Court of Appeal[1], dismissing an appeal from a decision of the Energy Resources Conservation Board. Appeal dismissed.

Kenneth E. Staroszik, for the appellant.

D. O. Sabey, Q.C., and *Brian O'Ferrall*, for the respondents Amoco Canada Petroleum Company Ltd., Chevron Standard Limited, Dome Petroleum Limited, Gulf Canada Resources Inc., Hudson's Bay Oil and Gas Company Limited, Pacific Petroleums Limited, Petrofina Canada Ltd., Shell Canada Resources Limited and Shell Explorer Limited.

Michael J. Bruni and *Keith F. Miller*, for the respondent the Energy Resources Conservation Board of Alberta.

B. A. Crane, Q.C., for the intervener the Attorney General for the Province of Alberta.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and McIntyre JJ. was delivered by

RITCHIE J.—This is an appeal from a judgment of the Court of Appeal of Alberta dismissing the appellant's appeal from a decision of the Energy Resources Conservation Board of Alberta (the Board) whereby it was determined that the Board did not have jurisdiction under s. 43 of *The Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 1970, c. 267, or otherwise to prescribe the implementation of an "affirmative action" program as a condition of its approval of a tar sands plant proposed to be created by the respondent corporations (hereinafter collectively referred to as Alsands) in the Fort McMurray region of Alberta.

[1] [1980] 5 W.W.R. 165; (1980), 112 D.L.R. (3d) 200; (1980), 22 A.R. 541.

question de savoir si le «programme d'action positive» projeté constituerait une mesure discriminatoire à l'égard des non-Indiens contrairement au par. 6(1) de *The Individual's Rights Protection Act*.

Jurisprudence: distinction faite avec les arrêts: *Regents of the University of California v. Bakke*, 98 S.Ct. 2733 (1978); *United Steelworkers of America v. Weber*, 99 S.Ct. 2721 (1979).

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta[1], qui a rejeté un appel contre une décision du Energy Resources Conservation Board. Pourvoi rejeté.

Kenneth E. Staroszik, pour l'appelant.

D. O. Sabey, c.r., et *Brian O'Ferrall*, pour les intimées Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée, Chevron Standard Limited, Dome Petroleum Limited, Gulf Canada Resources Inc., Hudson's Bay Oil and Gas Company Limited, Pacific Petroleums Limited, Petrofina Canada Ltd., Shell Canada Resources Limited et Shell Explorer Limited.

Michael J. Bruni et *Keith F. Miller*, pour l'intimé le Energy Resources Conservation Board of Alberta.

B. A. Crane, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la province de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson et McIntyre rendu par

LE JUGE RITCHIE—Ce pourvoi attaque un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta qui a rejeté l'appel formé par l'appelant contre une décision du Energy Resources Conservation Board of Alberta (le Conseil) selon laquelle le Conseil n'a pas compétence en vertu de l'art. 43 de *The Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 1970, chap. 267, ou de tout autre texte législatif pour prescrire la mise en œuvre d'un programme d'«action positive» comme condition de son approbation d'une usine de traitement de sables bitumineux que les sociétés intimées (ci-après appelées collectivement Alsands) se proposent d'établir dans la région de Fort McMurray en Alberta.

[1] [1980] 5 W.W.R. 165; (1980), 112 D.L.R. (3d) 200; (1980), 22 A.R. 541.

The facts giving rise to this appeal are accurately stated in the reasons for judgment of Mr. Justice Laycraft speaking on behalf of the majority of the Court of Appeal of Alberta and it appears to me to be desirable to reproduce the following excerpts from those reasons which are now conveniently reported in [1980] 5 W.W.R. 165 at pp. 167 and 168:

The respondent oil companies joined together in a project known as "the Alsands Project" to manufacture synthetic crude oil from the bitumen deposits in the tar sands located in northeastern Alberta. The scale of the project is indicated by the proposed expenditure of more than 4 billion dollars (in 1978 dollars) on the required facilities. They applied to the ERCB under s. 43 ... of the Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 1970, c. 267, for approval of the project. The procedure prescribed by this section requires a public hearing by the board which may disapprove the project, or, with the authorization of the Lieutenant-Governor in Council, may approve the scheme proposed by the application. The board conducted a public hearing lasting several weeks, commencing in June 1979.

The Athabasca Tribal Council consists of the chiefs of five Indian bands living in the general area of the proposed plant. The tribal council, with the assistance and support of the federal Department of Indian Affairs and Northern Development, intervened in the hearing before the ERCB calling witnesses and making submissions through counsel. The tribal council, in general, supported the proposed project but did so "only if certain terms and conditions are imposed on the applicant" giving preference in employment and business opportunities to the members of the five bands. Terms and conditions imposed for the benefit of groups suffering from economic and social disadvantages, usually as a result of past discrimination, and designed to assist them in achieving equality with other segments of the population are referred to as "affirmative action" programs.

No issue was raised in this court whether the Athabasca Tribal Council is an entity entitled to sue or be sued. Whether or not it is that type of entity the tribal council clearly represents persons having a direct interest in the project who would be entitled, under ERCB rules, to intervene in the hearing. Such persons could appear in this court with appropriate amendments to the procedure. We therefore assume for purposes of

Le juge Laycraft, qui parlait au nom de la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta, a exposé avec exactitude dans ses motifs de jugement les faits qui ont donné naissance à ce pourvoi et il me paraît souhaitable de reproduire les extraits suivants de ces motifs qui présentent maintenant l'avantage d'être publiés à [1980] 5 W.W.R. 165 aux pp. 167 et 168:

[TRADUCTION] Les sociétés pétrolières intimées se sont unies dans un projet connu sous le nom du «projet Alsands» pour la fabrication de pétrole synthétique à partir des dépôts de bitume que contiennent les sables bitumineux qui se trouvent au nord-ouest de l'Alberta. L'envergure du projet ressort des dépenses projetées de plus de 4 milliards de dollars (dollars de 1978) pour les installations requises. Elles ont fait une demande à l'ERCB en vertu de l'art. 43 ... de *The Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 1970, chap. 267, sollicitant l'approbation du projet. Cet article prescrit une procédure exigeant la tenue d'une audience publique par le conseil qui peut soit désapprouver le projet envisagé dans la demande, soit, avec l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil, l'approuver. Le Conseil a tenu une audience publique d'une durée de plusieurs semaines qui a débuté en juin 1979.

The Athabasca Tribal Council (ci-après appelé le «Conseil des bandes») est composé des chefs de cinq bandes d'Indiens qui demeurent dans les environs de l'emplacement de l'usine projetée. Le Conseil des bandes, avec l'assistance et l'appui du ministère fédéral des Affaires indiennes et du Nord canadien, est intervenu à l'audience devant l'ERCB, citant des témoins et présentant des arguments par l'intermédiaire d'un avocat. Le Conseil des bandes, de façon générale, appuyait le projet, mais «seulement si l'on imposait au requérant certaines conditions» l'astreignant à favoriser, quant à l'emploi et quant aux possibilités commerciales, les membres des cinq bandes. Les conditions imposées au profit de groupes défavorisés du point de vue économique et social, généralement en raison d'une discrimination passée, et destinées à les aider à atteindre la parité avec d'autres secteurs de la population, s'appellent des programmes d'«action positive».

On n'a pas soulevé devant cette cour la question de savoir si le Conseil des bandes est un organisme qui peut ester en justice. Quoi qu'il en soit, il est évident qu'il représente des personnes qui sont directement intéressées au projet et qui, suivant les règles de l'ERCB, auraient le droit d'intervenir à l'audience. Ces personnes pourraient comparaître devant cette cour si l'on apportait à la procédure les modifications qui s'imposent.

this decision that the tribal council was entitled to launch this appeal.

The members of the five Indian bands do not comprise the sole population of the area in the vicinity of the proposed project. Some Metis and white persons also live in the area. We are told that all of the people in the general area may be said to suffer economic, educational and social disadvantage when compared to other Albertans. In some of the communities in the area, unemployment rates exceed 50 per cent compared to an overall rate of 5 per cent for the province as a whole.

In applying to the Board under s. 43 of *The Oil and Gas Conservation Act*, Alsands indicated its readiness to include in its proposal provisions designed to assist the Indian population in adapting to the dramatic changes which the scheme involved, and this was apparent also from the attitude taken by Alsands at the public hearing before the Board, but in intervening at the Board's hearing the Athabasca Tribal Council insisted on the Board's approval being made conditional upon the incorporation of further provisions for the benefit of Indians in the area and for the assurance of their welfare under the altered conditions which would inevitably flow from the implementation of the plan. It is these provisions which have come to be collectively referred to as an "affirmative action" program. This so-called program proposed by the Tribal Council was for the most part phrased in general terms, but it is clear that its main objective was to afford the Indians insofar as conditions would allow, an equal opportunity with other inhabitants to participate in the tar sands plant undertaking.

The proposal to this end is described in the following terms in the Report to the Lieutenant Governor in Council filed by the Board after the hearing:

Alsands' proposed recruitment policies and procedures received general approval from interveners, but native communities wanted the applicant to establish specific goals and mechanisms for recruitment, training, counselling, and support of native business development.

Nous présumons donc, aux fins de la présente décision, que le conseil des bandes avait le droit de former cet appel.

Les membres des cinq bandes d'Indiens ne constituent pas la seule population de la région voisine de l'usine projetée. Des Métis et des blancs habitent également la région. On nous dit que tous les gens qui demeurent dans cette région peuvent être considérés comme désavantagés du point de vue économique, éducatif et social par rapport aux autres Albertains. Dans certaines localités de la région, le taux de chômage dépasse 50 pour cent comparativement à un taux global de 5 pour cent pour toute la province.

Dans sa demande au Conseil en vertu de l'art. 43 de *The Oil and Gas Conservation Act*, Alsands s'est dit prêt à inclure dans sa proposition des dispositions destinées à aider la population indienne à s'adapter aux changements bouleversants qu'allait apporter le projet. Cette intention se dégage également de l'attitude qu'a prise Alsands à l'audience publique devant le Conseil, néanmoins dans son intervention à l'audience publique le Conseil des bandes a demandé avec insistance que l'approbation du Conseil soit assortie de la condition que des dispositions supplémentaires soient ajoutées pour le bénéfice des Indiens de la région et pour assurer leur bien-être dans les nouvelles conditions qui résulteraient inévitablement de la mise en œuvre du projet. Ce sont ces dispositions que l'on qualifie collectivement de programme d'«action positive». Ce prétendu programme qu'a proposé le Conseil des bandes est rédigé en grande partie en termes généraux, mais il est évident qu'il a comme but principal de procurer aux Indiens, dans la mesure où les conditions le permettront la possibilité de participer, sur un pied d'égalité avec les autres habitants, au projet d'usine de traitement de sables bitumineux.

Voici comment est décrite la proposition à cet effet dans le rapport au lieutenant-gouverneur en conseil qu'a déposé le Conseil après l'audience:

[TRADUCTION] Les intervenants approuvaient de façon générale les politiques et procédures de recrutement que proposait Alsands, mais les collectivités autochtones voulaient que le requérant se fixe des buts précis et crée des mécanismes spécifiques en matière de recrutement, de formation, d'orientation professionnelle et d'appui au développement d'entreprises autochtones.

The Athabasca Tribal Council asked that Alsands establish a native employment office, and employ a native industrial co-ordinator to liaise with the native communities; that the federal government and Alsands finance full-time native recruiters for Fort Chipewyan, Fort MacKay, and other native communities; and that native communities be encouraged to run their own training programs with funding from the federal government. The Tribal Council also wanted Alsands to sponsor a native business opportunities program for a period of ten years from approval of the project.

Le Conseil des bandes a demandé qu'Alsands établisse un bureau de placement pour les autochtones et qu'il engage un coordonnateur industriel des autochtones pour assurer la liaison avec les collectivités autochtones; que le gouvernement fédéral et Alsands paient des recruteurs à plein temps pour Fort Chipewyan, Fort MacKay et d'autres collectivités autochtones; et que les collectivités autochtones soient encouragées à mener leurs propres programmes de formation avec l'aide de fonds fédéraux. Le Conseil des bandes voulait en outre qu'Alsands parraine un programme de possibilités commerciales pour les autochtones pendant une période de dix ans à compter de l'approbation du projet.

The Department of Indian Affairs and Northern Development supported the position of the Tribal Council in the matter of affirmative action programs and also urged that contractual arrangements be made between Alsands and native communities. In fact the Department endorsed the recommendation that affirmative action programs be made a condition of the Board's approval of the plan. It is clear that the Board and Alsands were generally sympathetic to the plight of the Indians and looked with favour on the taking of steps to assimilate these native people into the new environment which the tar sands proposal would bring about, but, as will hereafter appear, I am of opinion that the "steps" recommended in the "affirmative action program" are beyond the powers of the Board.

Le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a soutenu la position du Conseil des bandes relativement aux programmes d'action positive et a aussi insisté pour qu'il intervienne des ententes contractuelles entre Alsands et les collectivités autochtones. En fait, le ministère a prêté son appui à la recommandation que l'approbation du projet par le Conseil soit assortie de la condition de la mise en œuvre de programmes d'action positive. Il est évident que le Conseil et Alsands avaient en général de la sympathie pour la situation difficile des Indiens et qu'ils voyaient d'un œil favorable la prise de mesures tendant à faciliter l'intégration de ces autochtones dans le nouvel environnement qu'engendrerait l'usine de traitement de sables bitumineux, mais, comme on le verra plus loin, je suis d'avis que les «mesures» recommandées dans le cadre du «programme d'action positive» excèdent la compétence du Conseil.

In the course of the reasons for judgment which he delivered on behalf of the majority of the Court of Appeal, Mr. Justice Laycraft recognized that the approval of the Alsands project was initially governed by the provisions of *The Energy Resources Conservation Act*, 1971 (Alta.), c. 30, and by *The Oil and Gas Conservation Act*. It is the former Act which establishes the Board and controls its powers and procedures, and, like Mr. Justice Laycraft, I find it to be a central consideration in determining the issue before us to examine the purposes of the Act which are set forth in s. 2 thereof and which provide:

Au cours des motifs de jugement qu'il a prononcés au nom de la majorité de la Cour d'appel, le juge Laycraft a reconnu que l'approbation du projet Alsands relevait en premier lieu des dispositions de *The Energy Resources Conservation Act*, 1971 (Alta), chap. 30, et de *The Oil and Gas Conservation Act*. La première de ces lois établit le Conseil et régit ses pouvoirs et procédures, et, comme le juge Laycraft, j'estime qu'il est primordial, pour trancher la question dont nous sommes saisis, d'examiner les objets de la Loi énoncés à l'art. 2 qui dispose:

2. The purposes of this Act are

[TRADUCTION] **2.** La présente loi a pour objets

(a) to provide for the appraisal of the reserves and productive capacity of energy resources and energy in Alberta,

(b) to provide for the appraisal of the requirements for energy resources and energy in Alberta and of markets outside Alberta for Alberta energy resources or energy,

(c) to effect the conservation of, and to prevent the waste of, the energy resources of Alberta,

(d) to control pollution and ensure environment conservation in the exploration for, processing, development and transportation of energy resources and energy,

(e) to secure the observance of safe and efficient practices in the exploration for, processing, development and transportation of the energy resources of Alberta,

(f) to provide for the recording and timely and useful dissemination of information regarding the energy resources of Alberta, and

(g) to provide agencies from which the Lieutenant Governor in Council may receive information, advice and recommendations regarding energy resources and energy.

It will be seen that the purposes of the Act are limited to matters concerning energy resources and energy in the Province of Alberta, considerations which govern the Board's jurisdiction. This becomes all the more apparent from a consideration of s. 24 of the Act which provides:

24. (1) The Board may, and at the request of the Lieutenant Governor in Council shall, at such places, at such times and in such manner as it considers advisable

(a) make inquiries and investigations and prepare studies and reports on any matter within the purview of any Act administered by it relating to energy resources and energy, and

(b) recommend to the Lieutenant Governor in Council such measures as it considers necessary or advisable in the public interest related to the exploration for, production, development, conservation, control, transportation, transmission, use and marketing of energy resources and energy.

(2) The Board may recommend to the Lieutenant Governor in Council the making of such arrangements as it considers desirable for co-operation with governmental or other agencies in or outside Alberta in respect of matters relating to energy resources and energy.

a) de prévoir l'évaluation des réserves et du potentiel des ressources énergétiques et de l'énergie en Alberta,

b) de prévoir l'évaluation des besoins de ressources énergétiques et d'énergie en Alberta ainsi que des débouchés hors de l'Alberta pour les ressources énergétiques ou l'énergie albertaines,

c) de conserver les ressources énergétiques de l'Alberta et d'en prévenir le gaspillage,

d) de contrôler la pollution et d'assurer la conservation de l'environnement face à l'exploration, le traitement, l'exploitation et le transport des ressources énergétiques et de l'énergie,

e) d'assurer l'observation de pratiques sûres et efficaces en matière d'exploration, de traitement, d'exploitation et de transport des ressources énergétiques de l'Alberta,

f) de prévoir l'enregistrement ainsi que la diffusion opportune et utile d'informations sur les ressources énergétiques de l'Alberta, et

g) de prévoir des organismes desquels le lieutenant-gouverneur en conseil peut recevoir des renseignements, des conseils et des recommandations sur les ressources énergétiques et sur l'énergie.

On constate que les objets de la Loi se limitent à des questions relatives aux ressources énergétiques et à l'énergie dans la province de l'Alberta, considérations qui régissent la compétence du Conseil. Cela devient d'autant plus apparent quand on examine l'art. 24 de la Loi qui dispose:

[TRADUCTION] **24.** (1) Le Conseil peut, et à la demande du lieutenant-gouverneur en conseil doit, aux endroits, aux époques et de la manière qu'il estime appropriés

a) recueillir des renseignements, tenir des enquêtes et préparer des études et des rapports sur toute question qui relève d'une loi dont il assure l'application et qui porte sur les ressources énergétiques et l'énergie, et

b) recommander au lieutenant-gouverneur en conseil les mesures qu'il estime nécessaires ou appropriées dans l'intérêt public et qui se rapportent à l'exploration, à la production, à l'exploitation, à la conservation, au contrôle, au transport, à la transmission, à l'utilisation et à la mise en marché des ressources énergétiques et de l'énergie.

(2) Le Conseil peut recommander au lieutenant-gouverneur en conseil les dispositions qu'il juge souhaitables pour favoriser la collaboration avec des organismes gouvernementaux ou autres, albertains ou non, relativement aux questions en matière de ressources énergétiques et d'énergie.

In the same context it is essential to consider the "purposes" of *The Oil and Gas Conservation Act* as the Alsands' application is made pursuant to s. 43 of that Act. These purposes are set forth in s. 5 of the Act which provides:

> **5.** The purposes of this Act are
>
> (*a*) to effect the conservation of, and to prevent the waste of, the oil, gas and crude bitumen resources of Alberta,
>
> (*b*) to secure the observance of safe and efficient practices in the locating, spacing, drilling, equipping, completing, reworking, testing, operating and abandonment of wells and in operations for the production of oil, gas and crude bitumen,
>
> (b.1) to provide for the economic, orderly and efficient development in the public interest of the oil, gas and crude bitumen resources of Alberta,
>
> (*c*) to afford each owner the opportunity of obtaining his share of the production of oil or gas from any pool or of crude bitumen from any oil sands deposit,
>
> (*d*) to provide for the recording and the timely and useful dissemination of information regarding the oil, gas and crude bitumen resources of Alberta, and
>
> (*e*) to control pollution above, at or below the surface in the drilling of wells and in operations for the production of oil, gas and crude bitumen and in other operations over which the Board has jurisdiction.

It will be seen that while these purposes, like those of *The Energy Resources Conservation Act*, relate to energy resources in the Province of Alberta, they are specifically directed to "the oil, gas and crude bitumen resources of Alberta", and it was accordingly appropriate that the Alsands' application for approval of tar sands plant should be initiated under s. 43 of the Act which reads:

> **43.** (1) No scheme or operation for the recovery of oil sands, crude bitumen or products derived therefrom shall be proceeded with unless the Board, upon application, has approved it in accordance with this section.
>
> (2) Upon receipt of an application pursuant to subsection (1), together with any information prescribed or

Dans ce même contexte il est essentiel d'examiner les «objets» de *The Oil and Gas Conservation Act*, compte tenu du fait que la demande d'Alsands a été faite en vertu de l'art. 43 de cette loi. Ces objets sont énoncés à l'art. 5 de la Loi qui dispose:

> [TRADUCTION] **5.** La présente loi a pour objets
>
> *a*) de conserver les ressources de pétrole, de gaz et de bitume brut de l'Alberta et d'en prévenir le gaspillage,
>
> *b*) d'assurer l'observation de pratiques sûres et efficaces dans la localisation, l'espacement, le forage, l'équipement, le parachèvement, la reprise, la vérification, l'exploitation et l'abandon de puits ainsi que dans les opérations en vue de la production de pétrole, gaz et bitume brut,
>
> b.1) de prévoir l'exploitation de façon économique, systématique et efficace dans l'intérêt public des ressources de pétrole, de gaz et de bitume brut de l'Alberta,
>
> *c*) d'accorder à chaque propriétaire la possibilité d'obtenir sa part de la production de pétrole ou de gaz de tout gisement ou de bitume brut de tout dépôt de sables pétrolifères,
>
> *d*) de prévoir l'enregistrement ainsi que la diffusion opportune et utile d'informations sur les ressources de pétrole, de gaz et de bitume brut de l'Alberta, et
>
> *e*) de contrôler la pollution au-dessus de la surface, à la surface ou au-dessous de la surface qui accompagne le forage de puits et les opérations en vue de la production de pétrole, de gaz ou de bitume brut ainsi que les autres opérations qui relèvent de la compétence du Conseil.

On constate que ces objets, comme ceux de *The Energy Resources Conservation Act*, bien que se rapportant aux ressources énergétiques dans la province de l'Alberta, visent spécifiquement «les ressources de pétrole, de gaz et de bitume brut de l'Alberta». Il convenait donc que la demande d'Alsands sollicitant l'approbation d'une usine de traitement de sables bitumineux soit présentée en vertu de l'art. 43 de la Loi dont voici le texte:

> [TRADUCTION] **43.** (1) Il est interdit de procéder à un projet ou à une entreprise pour la récupération de sables pétrolifères, de bitume brut ou de leurs dérivés à moins que sur demande, le Conseil ne l'ait approuvé conformément au présent article.
>
> (2) Sur réception d'une demande fondée sur le paragraphe (1) accompagnée de tout renseignement que

required by the Board, the Board shall hold a hearing of the application and may, if so authorized by the Lieutenant Governor in Council, approve the scheme or operation proposed in the application, or make such other disposition of the application as it considers suitable.

. . .

(4) An approval granted under this section shall be subject to the terms and conditions therein prescribed and, without restricting the generality of the foregoing, may stipulate the period during which the approval will be in force and the maximum volume or rate of production of oil sands, crude bitumen or products derived therefrom.

As has been indicated, a hearing was duly held by the Board and after several weeks an extensive report was made to the Lieutenant Governor in Council which clearly reflected the Board's sympathy for and interest in the native peoples of the area but which failed to include the affirmative action program upon which the intervenant Tribal Council had insisted. In due course an appeal from the Board's recommendations as contained in this report was taken to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta pursuant to s. 42(1) of *The Energy Resources Conservation Act* which reads:

42. (1) Subject to subsection (2), upon a *question of jurisdiction* or upon a question of law, an appeal lies from the Board to the Appellate Division of the Supreme Court of Alberta. [The italics are my own.]

The question of jurisdiction involved in the appeal related to whether or not the Board was clothed with the authority to recommend the proposals entailed in the affirmative action programs. On behalf of the majority of the Court of Appeal, Mr. Justice Laycraft held that the provisions of the enabling statutes did not extend so as to include the area of social rehabilitation which the program envisaged for the Indians.

In asserting this appeal from that judgment the appellant has put the following points in issue:

1. That the Court of Appeal erred in holding that The Energy Resources Conservation Board did not have jurisdiction to prescribe the implementation of an "affirmative action" programme as a condition of the approv-

prescrit ou exige le Conseil, ce dernier tient une audience relativement à la demande et peut, si le lieutenant-gouverneur en conseil l'y autorise, soit approuver le projet ou l'entreprise proposé dans la demande, soit statuer sur la demande de toute autre manière qu'il juge appropriée.

. . .

(4) L'approbation accordée en vertu du présent article est soumise aux conditions qu'elle prescrit et, sans porter atteinte au caractère général de ce qui précède, l'approbation peut stipuler la période pendant laquelle elle sera en vigueur ou le volume ou rythme maximum de production de sables pétrolifères, de bitume brut ou de leurs dérivés.

Comme je l'ai déjà indiqué, le Conseil a dûment tenu une audience et au bout de quelques semaines il a remis au lieutenant-gouverneur en conseil un rapport détaillé qui exprimait clairement la sympathie du Conseil pour les autochtones de la région ainsi que l'intérêt qu'il leur portait, mais le rapport ne comportait pas le programme d'action positive sur lequel avait insisté le Conseil des bandes intervenant. En temps voulu on a formé un appel à l'encontre des recommandations du Conseil contenues dans ce rapport devant la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta en vertu du par. 42(1) de *The Energy Resources Conservation Act* dont voici le texte:

[TRADUCTION] **42.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), sur une *question de compétence* ou de droit, appel peut être interjeté contre une décision du Conseil devant la Division d'appel de la Cour suprême de l'Alberta. [Les italiques sont de moi.]

La question de compétence dont il s'agissait en appel était de savoir si le Conseil est investi du pouvoir de recommander les propositions que comportaient les programmes d'action positive. Au nom de la majorité de la Cour d'appel, le juge Laycraft a statué que la portée des dispositions des lois habilitantes ne s'étend pas au domaine du reclassement social, ce que le programme envisageait pour les Indiens.

En se pourvoyant contre cet arrêt, l'appelant invoque les moyens suivants:

[TRADUCTION] 1. Que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que The Energy Resources Conservation Board n'a pas compétence pour prescrire la mise en œuvre d'un programme d'«action positive» comme condi-

al of a tar sands plant, pursuant to s. 43 of The Oil and Gas Conservation Act.

2. That the Court of Appeal erred in holding that an affirmative action programme based on racial criteria would be in breach of The Individual Rights Protection Act.

As to the first point, I take the view, which I have perhaps indicated, that the Board's jurisdiction is governed and controlled by the statutes to which I have referred and in conformity with the purposes for which these statutes were enacted, that jurisdiction is limited to the regulation and control of the development of energy resources and energy in the Province of Alberta. The powers with which the Board is endowed are concerned with the natural resources of the area rather than with the social welfare of its inhabitants, and it would, in my view, require express language to extend the statutory authority so vested in the Board so as to include a program designed to lessen the age-old disadvantages which have plagued the native people since their first contact with civilization as it is known to the great majority of Albertans.

It is however true that the expenditure of four billion dollars in the creation of a new town and a new industry in an area formerly enjoyed exclusively by the native peoples undoubtedly presents new problems for those people and it may well be that some form of legislation could be devised and adopted to meet their needs. No such legislation appears to have been enacted in Alberta and in my opinion it is no compensation for this lack of authority to seek to apply legislation designed for the conservation of energy resources to the amelioration of social inequalities.

It will accordingly be apparent that I do not find any error in the judgment of the Court of Appeal holding that The Energy Resources Conservation Board did not have jurisdiction to prescribe the implementation of an "affirmative action" program as a condition of the approval of a tar sands plant pursuant to s. 43 of *The Oil and Gas Conservation Act*.

tion de l'approbation d'une usine de traitement de sables bitumineux en vertu de l'art. 43 de The Oil and Gas Conservation Act.

2. Que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'un programme d'action positive fondé sur des critères raciaux contreviendrait à The Individual Rights Protection Act.

Quant au premier moyen, je suis d'avis, et je l'ai peut-être déjà indiqué, que la compétence du Conseil relève des lois dont j'ai fait mention, qu'elle est régie par ces mêmes lois et que, conformément aux objectifs que visent ces lois, cette compétence se limite à la réglementation et au contrôle de l'exploitation des ressources énergétiques et de l'énergie dans la province de l'Alberta. Les pouvoirs dont le Conseil est investi visent les ressources naturelles de la région, non pas le bien-être social de ses habitants et, à mon avis, seule une disposition expresse permettrait d'étendre ce pouvoir dont la loi a investi le Conseil à un programme destiné à réduire les désavantages de longue date qui affligent les autochtones depuis leur premier contact avec la civilisation telle que la grande majorité des Albertains la connaissent.

Il est cependant vrai que la dépense de quatre milliards de dollars pour la création d'une nouvelle ville et d'une nouvelle industrie dans une région dont les autochtones avaient auparavant la jouissance exclusive présente sans doute de nouveaux problèmes pour ces derniers et il se peut fort bien que l'on pourrait élaborer et faire adopter une loi quelconque pour répondre à leurs besoins. Aucune loi de ce type ne paraît avoir été adoptée en Alberta et, à mon avis, on ne peut suppléer à cette absence de pouvoir en cherchant à faire appliquer une loi destinée à la conservation des ressources énergétiques pour porter remède à des inégalités sociales.

Il est donc évident que je ne vois aucune erreur dans l'arrêt de la Cour d'appel qui a statué que The Energy Resources Conservation Board n'a pas compétence pour prescrire la mise en œuvre d'un programme d'«action positive» comme condition de l'approbation d'une usine de traitement de sables bitumineux en vertu de l'art. 43 de *The Oil and Gas Conservation Act*.

In reaching the above conclusion I have not overlooked the argument of the appellant to the effect that the references to "the public interest" in s. 24(1)(b) of *The Energy Resources Conservation Act* and s. 5(b.1) of *The Oil and Gas Conservation Act* are of themselves a sufficient indication of the intention of the legislature to endow the Board with authority to recommend measures directed towards the development and control of the social welfare of the Indian people. As I have indicated, however, I do not feel that such an interpretation can be attributed to the enabling statutes which are exclusively concerned with the development of "energy resources and energy".

Notwithstanding all the above, there are grounds for thinking that Alsands, and indeed the Board itself, might possibly have gone further than they did in meeting the demands of the Indians had it not been for the fact that legal advice had been received to the effect that any provision made for the implementation of the program would have been held to be inoperative as being in conflict with the provisions of *The Individual's Rights Protection Act* of Alberta, 1972 (Alta.), c. 2. The Court of Appeal held that the program was based on racial criteria and it would thus be in breach of that statute and it is this finding which gives rise to the second point placed in issue by the appellant.

Having regard to the opinion which I have expressed concerning the first point, I do not consider that it is necessary for the determination of this appeal to deal at any length with the second issue raised by the appellant, but as it was made the subject of considerable argument on the appeal before this Court and as I reach a different conclusion from that of the Court of Appeal, I think it desirable to express my views separately.

The preamble to *The Individual's Rights Protection Act* contains the following recital:

> WHEREAS it is recognized in Alberta as a fundamental principle and as a matter of public policy that all persons are equal in dignity and rights without regard to race, religious beliefs, colour, sex, age, ancestry or place of origin; . . .

En parvenant à cette conclusion, je n'ai pas négligé l'argument de l'appelant voulant que les mentions de «l'intérêt public» à l'al. 24(1)b) de *The Energy Resources Conservation Act* et à l'al. 5b.1) de *The Oil and Gas Conservation Act* constituent en soi une indication suffisante de l'intention de la législature de doter le Conseil du pouvoir de recommander des mesures pour l'amélioration et la réglementation du bien-être social du peuple indien. Comme je l'ai toutefois signalé, je n'estime pas que l'on puisse donner une telle interprétation aux lois habilitantes qui visent exclusivement l'exploitation des «ressources énergétiques et de l'énergie».

Nonobstant tout ce qui précède, n'eût été l'avis juridique selon lequel toute disposition prévoyant la mise en œuvre du programme serait jugée inopérante parce qu'incompatible avec *The Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta, 1972 (Alta), chap. 2, il y a lieu de croire qu'Alsands et même le Conseil seraient peut-être allés encore plus loin pour satisfaire les demandes des Indiens. La Cour d'appel a statué que, fondé sur des critères raciaux, le programme contreviendrait donc à cette loi, conclusion qui donne lieu au second moyen invoqué par l'appelant.

Compte tenu de l'avis que j'ai formulé sur le premier moyen, je n'estime pas nécessaire pour trancher ce pourvoi de m'étendre sur le second moyen soulevé par l'appelant, mais comme on l'a considérablement débattu devant cette Cour et comme ma conclusion est différente de celle de la Cour d'appel, je crois qu'il est souhaitable d'exprimer séparément mon point de vue.

Le préambule de *The Individual's Rights Protection Act* contient l'exposé suivant:

> [TRADUCTION] ATTENDU QU'il est reconnu en Alberta comme principe fondamental et comme politique générale que toutes les personnes sont égales quant à leur dignité et leurs droits indépendamment de la race, des croyances religieuses, de la couleur, du sexe, de l'âge, des ancêtres ou du lieu d'origine; . . .

It is contended on behalf of the respondent that implementation of the proposals contained in the affirmative action program would result in the preferment of Indians for employment in the Alsands tar sands plant or at least in certain aspects of the development envisaged by that plan. This contention is founded on the proposition that the benefits which the plan would confer on Indians would involve discrimination against non-Indians in the area in contravention of s. 6(1) of *The Individual's Rights Protection Act* which provides that:

6. (1) No employer or person acting on behalf of an employer shall

. . .

(b) discriminate against any person with regard to employment or any term or condition of employment,

and it is also urged on behalf of the respondent that the terms of s. 7(1) of the same statute support the same contention and provide additional mechanics for the enforcement of s. 6. Section 7 of the statute reads as follows:

7. (1) No person shall use or circulate any form of application for employment or publish any advertisement in connection with employment or prospective employment or make any written or oral inquiry of an applicant,

(*a*) that expresses either directly or indirectly any limitation, specification or preference as to the race, religious beliefs, colour, sex, age, ancestry or place of origin of any person, or

(*b*) that requires an applicant to furnish any information concerning race, religious beliefs, colour, ancestry or place of origin.

(2) Subsection (1) does not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational qualification.

The core of this contention is concerned with that portion of s. 6(1)(b) which precludes any employer from discriminating against any person with regard to employment. Adoption of the respondent's contention would in my view mean that in the Province of Alberta it would be unlawful to pursue a policy favouring any individual or group of individuals on the ground that in so doing

On fait valoir pour le compte de l'intimé que la mise en œuvre des propositions contenues dans le programme d'action positive aurait pour effet de favoriser les Indiens pour les emplois dans l'usine de traitement de sables bitumineux d'Alsands ou du moins dans certains aspects de l'aménagement envisagé par ce plan. Cette prétention repose sur la proposition que l'attribution aux Indiens des bénéfices prévus au plan équivaudrait à une mesure discriminatoire à l'égard des non-Indiens dans la région, en violation du par. 6(1) de *The Individual's Rights Protection Act* qui dispose:

[TRADUCTION] **6.** (1) Nul employeur ou nulle personne agissant pour son compte

. . .

(b) ne doit pratiquer de discrimination à l'égard d'une personne relativement à l'emploi ou à une condition d'emploi.

On soutient en outre pour le compte de l'intimé que le par. 7(1) de la même loi appuie également cette prétention et prévoit un mécanisme supplémentaire pour l'application de l'art. 6. Voici le texte de l'art. 7:

[TRADUCTION] **7.** (1) Nul ne doit employer ou faire circuler une formule de demande d'emploi ou publier une annonce relativement à un emploi ou un emploi éventuel ou poser à un postulant, soit par écrit, soit oralement, une question,

a) qui exprime directement ou indirectement une restriction, précision ou préférence quant à la race, les croyances religieuses, la couleur, le sexe, l'âge, les ancêtres ou le lieu d'origine de qui que ce soit, ou

b) qui oblige un postulant à fournir un renseignement quelconque sur sa race, ses croyances religieuses, sa couleur, ses ancêtres ou son lieu d'origine.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à un refus, une restriction, une précision ou une préférence fondés sur une qualité légitimement requise pour l'emploi.

Cette prétention porte essentiellement sur la partie de l'al. 6(1)b) qui interdit à tout employeur la pratique de discrimination à l'égard d'une personne relativement à un emploi. Adopter la prétention de l'intimé signifierait à mon avis que dans la province de l'Alberta il serait illégal de suivre une politique tendant à favoriser un individu ou un groupe, puisque d'autres individus deviendraient

other individuals would be discriminated against. This theory has been characterized as "reverse discrimination" and it has been considered in the United States Supreme Court where it has met with differing treatment in the case of *Regents of the University of California v. Bakke*[2], where a special admission program applying to " 'economically and/or educationally disadvantaged' ... members of a 'minority group' " was held to be invalid, and the case of the *United Steelworkers of America v. Weber*[3] where an affirmative action program was upheld.

I find no material assistance in a consideration of these American authorities because each of them is dealing with a situation fundamentally different from that facing the Athabascan Indians.

In the present case what is involved is a proposal designed to improve the lot of the native peoples with a view to enabling them to compete as nearly as possible on equal terms with other members of the community who are seeking employment in the tar sands plant. With all respect, I can see no reason why the measures proposed by the "affirmative action" programs for the betterment of the lot of the native peoples in the area in question should be construed as "discriminating against" other inhabitants. The purpose of the plan as I understand it is not to displace non-Indians from their employment, but rather to advance the lot of the Indians so that they may be in a competitive position to obtain employment without regard to the handicaps which their race has inherited.

I have already referred to the preamble of *The Individual's Rights Protection Act* and in this regard I adopt the view expressed by Mr. Justice Morrow in the course of his dissenting reasons in the Court of Appeal where he said:

> I am fortified in my approach by what I read from the preamble, which as my brother Laycraft has observed can be useful in indicating the purpose of the Act, remembering always those cautionary limitations put on such approach as he sets forth in his reasons. Of particular significance in my opinion is the use of the words 'all persons are equal in dignity and rights without regard to

[2] 98 S. Ct. 2733 (1978).
[3] 99 S. Ct. 2721 (1979).

alors victimes de discrimination. Il s'agit là de ce qu'on a appelé la théorie de la «discrimination inverse». La Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur cette question, y apportant des réponses différentes dans les arrêts *Regents of the University of California v. Bakke*[2], où l'on a jugé invalide un programme d'admission spéciale à l'intention des [TRADUCTION] «membres désavantagés du point de vue économique et/ou éducatif d'un groupe minoritaire» ..., et *United Steelworkers of America v. Weber*[3], où fut approuvé un programme d'action positive.

L'étude de ces arrêts américains ne m'est pas d'un grand secours, car chacun d'eux porte sur une situation qui diffère foncièrement de celle à laquelle ont à faire face les Indiens de l'Athabasca.

En l'espèce il s'agit d'une proposition destinée à améliorer le sort des autochtones afin de leur permettre de faire concurrence, autant que possible sur un pied d'égalité avec eux, aux autres membres de la collectivité qui cherchent un emploi à l'usine de traitement de sables bitumineux. Avec égards, je ne vois aucune raison pour laquelle on devrait conclure à l'existence de "mesures discriminatoires à l'égard" d'autres habitants dans les propositions que comportent les programmes d'«action positive» pour l'amélioration du sort des autochtones de la région en question. L'objet du plan, si je le comprends bien, n'est pas de chasser les non-Indiens de leurs emplois, mais plutôt d'améliorer le sort des Indiens pour qu'ils soient en mesure d'obtenir des emplois malgré les handicaps dont ceux de leur race ont hérité.

Je me suis déjà référé au préambule de *The Individual's Rights Protection Act* et j'adopte à cet égard l'avis qu'a formulé le juge Morrow de la Cour d'appel dans ses motifs de dissidence où il dit:

> [TRADUCTION] Je trouve un appui supplémentaire pour ma façon d'aborder la question dans ce qui ressort du préambule qui, comme l'a fait remarquer mon collègue Laycraft, peut être une indication utile de l'objet de la Loi, à condition de toujours garder à l'esprit les précautions à prendre dans cette façon de procéder, précautions que le juge Laycraft expose dans ses motifs.

[2] 98 S. Ct. 2733 (1978).
[3] 99 S. Ct. 2721 (1979).

race'. If these high sounding words have any meaning and significance at all, surely one cannot read the statute in a way to result in or to have the effect of reaching the very opposite effect to the declared purpose.

It will accordingly be seen that as to the second point placed in issue by the appellant, I am of opinion that the Court of Appeal was in error in holding that an affirmative action program based on racial criteria would be in breach of *The Individual's Rights Protection Act*.

In the result, I agree with the reasons for judgment of Mr. Justice Laycraft in respect of the first isssue but differ from the majority of the Court of Appeal in the conclusion reached on the second issue.

In view of all the above, I would dismiss this appeal but, like the Court of Appeal, I would award no costs.

The judgment of Martland, Beetz, Estey, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

LAMER J.—I have had the advantage of reading the opinion set out by my brother Ritchie. For the reasons given by him I agree that there is no error in the judgment of the Court of Appeal holding that the Energy Resources Conservation Board did not have jurisdiction to prescribe the implementation of an "affirmative action program" as a condition of the approval of a tar sands plant pursuant to s. 43 of *The Oil and Gas Conservation Act*. As this conclusion disposes of the appeal we need not pronounce upon the question whether the proposed "affirmative action program" would, if implemented, involve discrimination against non-Indians in contravention of s. 6(1) of *The Individual's Rights Protection Act*. Furthermore, I find support in choosing not to do so in the fact that, immediately after the Court of Appeal's decision, the Alberta Legislature, reacting to the concerns voiced by Mr. Justice Morrow of that Court (reiterated by our brother Ritchie and which I earnestly share), amended *The Individual's Rights Protection Act*, 1972 (Alta.), c. 2, by 1980 (Alta.), c. 27, (proclaimed in force on September 1, 1980) enact-

L'emploi des mots "toutes les personnes sont égales quant à leur dignité et leurs droits indépendamment de la race" prend, à mon avis, une importance particulière. Pour peu que ces mots ronflants aient une signification, on ne peut sûrement pas interpréter la loi de manière à lui donner un effet diamétralement opposé à ce qu'elle dit être son objet.

Quant au second moyen soulevé par l'appelant, je suis donc d'avis que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant qu'un programme d'action positive fondé sur des critères raciaux contreviendrait à *The Individual's Rights Protection Act*.

En définitive, je souscris aux motifs de jugement du juge Laycraft quant au premier moyen, mais ma conclusion sur le second est différente de celle de la majorité de la Cour d'appel.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de rejeter ce pourvoi, mais, comme la Cour d'appel, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

Version française du jugement des juges Martland, Beetz, Estey, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE LAMER—J'ai eu l'avantage de lire l'avis de mon collègue le juge Ritchie. Pour les motifs qu'il expose je suis d'accord que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en statuant que le Energy Resources Conservation Board n'a pas compétence pour prescrire la mise en œuvre d'un «programme d'action positive» comme condition de l'approbation d'une usine de traitement de sables bitumineux en vertu de l'art. 43 de *The Oil and Gas Conservation Act*. Comme cette conclusion tranche l'appel, nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si la mise en œuvre du «programme d'action positive» que l'on envisageait équivaudrait à une mesure discriminatoire à l'égard des non-Indiens en violation du par. 6(1) de *The Individual's Rights Protection Act*. De plus, j'appuie mon abstention sur le fait que, immédiatement après l'arrêt de la Cour d'appel, la Législature de l'Alberta, réagissant aux inquiétudes exprimées par le juge Morrow de ladite cour et qu'a reprises notre collègue Ritchie (inquiétudes que je partage d'emblée), a modifié *The Individual's Rights Protection Act*, 1972 (Alta), chap. 2

ing a mechanism for "affirmative actions programs" when needed.

By that amendment, s. 11.1 was added to the Act:

11.1 (1) The Lieutenant Governor in Council may make regulations

(a) exempting a person, class of persons or group of persons, or the Crown or any agent or servant of the Crown, from the operation of this Act or any of the provisions of it,

(b) authorizing the undertaking by a person, class of persons or group of persons, or by the Crown or any servant or agent of the Crown, of programs that, in the absence of the authorization, would contravene this Act, and

(c) respecting the procedure to be followed by the Commission in carrying out its functions under this Act.

(2) The Lieutenant Governor in Council may by regulation delegate to the Commission any of his powers under subsection (1).

(3) A regulation made under subsection (1)(a) or (b) may

(a) be specific or general in its application, and

(b) provide that the exemption or authorization that it grants is subject to any terms and conditions that the Lieutenant Governor in Council or the Commission, as the case may be, considers advisable.

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Walsh Young, Calgary.

Solicitors for the respondents Amoco Canada Petroleum Company Ltd., Chevron Standard Limited, Dome Petroleum Limited, Gulf Canada Resources Inc., Hudson's Bay Oil and Gas Company Limited, Pacific Petroleums Limited, Petrofina Canada Ltd., Shell Canada Resources Limited and Shell Explorer Limited: Jones, Black, Calgary.

Solicitor for the respondent the Energy Resources Conservation Board: M. J. Bruni, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General for the Province of Alberta: W. Henkel, Edmonton.

en adoptant 1980 (Alta), chap. 27 (entrée en vigueur: le 1er septembre 1980), qui prévoit, au besoin, un mécanisme pour les «programmes d'action positive».

Cette modification a ajouté l'art. 11.1 à la Loi. En voici le texte:

[TRADUCTION] **11.1** (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut adopter des règlements

a) qui exemptent une personne, une catégorie ou un groupe de personnes, ou la Couronne ou tout mandataire ou employé de la Couronne, de l'application de la présente loi ou d'une de ses dispositions,

b) qui autorisent une personne, une catégorie ou un groupe de personnes, ou la Couronne ou tout employé ou mandataire de la Couronne, à mettre sur pied des programmes qui, sans l'autorisation, contreviendraient à la présente loi, et

c) relativement à la procédure que doit suivre la Commission dans l'exercice de ses fonctions en vertu de la présente loi.

(2) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, déléguer à la Commission tout pouvoir que lui confère le paragraphe (1).

(3) Un règlement adopté en vertu de l'alinéa (1)a) ou b) peut

a) être d'application spécifique ou générale, et

b) prévoir que l'exemption ou l'autorisation qu'il accorde est soumise à toutes les conditions que le lieutenant-gouverneur en conseil ou la Commission, selon le cas, juge appropriées.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Walsh Young, Calgary.

Procureurs des intimées Compagnie de pétrole Amoco Canada Ltée, Chevron Standard Limited, Dome Petroleum Limited, Gulf Canada Resources Inc., Hudson's Bay Oil and Gas Company Limited, Pacific Petroleums Limited, Petrofina Canada Ltd., Shell Canada Resources Limited et Shell Explorer Limited: Jones, Black, Calgary.

Procureur de l'intimé le Energy Resources Conservation Board: M. J. Bruni, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la province de l'Alberta: W. Henkel, Edmonton.

IN THE MATTER OF a Reference to the Court of Appeal pursuant to *The Constitutional Questions Act*, R.S.O. 1970, Chapter 79, by Order in Council No. 2089/79, respecting *The Residential Tenancies Act, 1979*

1980: November 25, 26; 1981: May 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Courts — Landlords and tenants — Provincial commission empowered to evict tenants and to enforce obligations of landlords and tenants — Whether or not grant of powers to Commission ultra vires — The Residential Tenancies Act, 1979, 1979 (Ont.), c. 78 — British North America Act, R.S.C. 1970, s. 96.

The Ontario Legislature enacted *The Residential Tenancies Act, 1979*, to come into effect on proclamation. The Act contained a legislative code to govern landlords and tenants and established the Residential Tenancy Commission to oversee and enforce the newly enunciated rights and obligations. The Executive Council, responding to questions concerning the authority of the Legislature to make orders evicting tenants from residential premises and to require landlords and tenants to comply with obligations imposed under the Act, referred two questions dealing with those issues to the Ontario Court of Appeal. That Court concluded that it was not within the legislative authority of Ontario to make eviction orders and compliance orders as provided in *The Residential Tenancies Act, 1979*. This Court was only concerned with the constitutional validity of two powers, the subject matter of the reference, and not with the soundness of the overall legislative scheme.

Held: The appeal should be dismissed.

Royal Commission Reports and Reports of Parliamentary Committees made prior to the passing of a statute were admissible to show the factual context and purpose of the legislation. The practice adopted in the *Anti-Inflation Reference* of giving timely directions establishing the extraneous materials to be admitted should be followed. Material relevant to the issues before the Court and not inherently unreliable or offending against public policy should be admissible, subject to

DANS L'AFFAIRE d'un renvoi à la Cour d'appel conformément à *The Constitutional Questions Act*, R.S.O. 1970, chap. 79, par le décret en conseil nº 2089/79 relativement à la *Loi de 1979 sur la location résidentielle.*

1980: 25 et 26 novembre; 1981: 28 mai.

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 constitutionnel — Tribunaux — Propriétaires et locataires — Commission provinciale nantie du pouvoir d'évincer les locataires et de faire appliquer les obligations des propriétaires et des locataires — L'attribution de ces pouvoirs à la Commission est-elle ultra vires? — Loi de 1979 sur la location résidentielle, 1979 (Ont.), chap. 78 — Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, art. 96.

La législature de l'Ontario a adopté la *Loi de 1979 sur la location résidentielle* qui devait entrer en vigueur à compter de sa proclamation. La Loi constitue un code législatif s'appliquant aux propriétaires et aux locataires et crée la Commission du logement pour surveiller et faire appliquer les droits et les obligations que la nouvelle loi énonce. Le Conseil exécutif, en réponse aux questions que soulève la compétence de la législature de conférer à la Commission le pouvoir d'évincer des locataires des locaux d'habitation et d'exiger que les propriétaires et les locataires se conforment aux obligations que la Loi leur impose, a soumis à la Cour d'appel de l'Ontario deux questions relatives à ces matières. La Cour d'appel a conclu que l'Ontario n'a pas compétence pour conférer à la Commission le pouvoir d'évincer et d'exiger le respect de la loi comme le prévoit la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*. La Cour ne s'intéresse qu'à la validité constitutionnelle de deux pouvoirs qui font l'objet du renvoi, et non au bien-fondé de tout l'ensemble législatif.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les rapports d'une commission royale ou les rapports des comités parlementaires établis avant l'adoption d'une loi sont recevables pour montrer le contexte factuel et le but que vise la loi. Il y a lieu de suivre la pratique établie dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation* de donner, le moment venu, des directives pour que soient admis des documents étrangers. Les documents qui sont pertinents aux questions soumises à la Cour, qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pèchent pas contre

the provisio that such extrinsic materials are not available for the purpose of aiding in statutory construction.

Section 96 of the *British North America Act* limited provincial competence to make appointments to a tribunal exercising s. 96 judicial powers and implicitly limited provincial competence to endow a provincial tribunal with such powers. That section, however, could no longer be construed as a bar to a province seeking to vest an administrative tribunal with ancillary "judicial" powers formerly exercised by s. 96 courts, subject to the qualification that the judicial function not be isolated from the rest of the administrative structure of the legislation.

The test was to be formulated in three steps. The first involved consideration, in light of the historical conditions existing in 1867, of the particular power or jurisdiction conferred upon the tribunal. The matter ended there if the power was not broadly conformable to the jurisdiction formerly exercised by s. 96 courts. If, however, the power were identical or analogous to a power exercised by a s. 96 court at Confederation it became necessary to proceed to step two. The second step involved consideration of the function within its institutional setting to determine whether the function was still "judicial". The subject matter rather than the apparatus of adjudication was determinative and only if the power could still be characterized as judicial was it necessary to proceed to the third step—a review of the tribunal's function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context. A provincial scheme was only invalid where the adjudicative function was a sole or central function of the tribunal so that it could be said to be operating like a s. 96 court.

Applying step one the Court found that the powers conferred on the Commission were in broad conformity with those historically exercised by the s. 96 courts before and after Confederation. The argument that the power to order eviction had been conferred before Confederation on County Court judges as *persona designata*, and that that power and by analogy the power to make orders of compliance were therefore outside the superior or county court structure, went too far. The jurisdiction over overholding tenants in pre-Confederation legislation was merely a modification of the traditional jurisdiction on ejectment exercised by the superior courts. The County Court judges acting under the overholding tenants provisions were acting *qua* judge rather than as *persona designata*. The submission that the Commission's jurisdiction was analogous to that exercis-

l'ordre public devraient être recevables, à la condition que ces documents extrinsèques ne servent pas à l'interprétation des lois.

L'article 96 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* a restreint la compétence des provinces de nommer les juges d'un tribunal qui exerce les pouvoirs judiciaires prévus à l'art. 96 et a restreint implicitement la compétence des provinces de conférer ces pouvoirs à un tribunal provincial. Cependant, on ne peut plus soutenir que cet article empêche une province de conférer à un tribunal administratif les pouvoirs «judiciaires» accessoires qu'exerçaient auparavant les tribunaux établis à l'art. 96, à condition que la fonction judiciaire ne soit pas isolée du reste de la structure administrative de la loi.

Le critère doit être formulé en trois étapes. La première porte sur l'examen, dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal. Si le pouvoir ne correspond pas à la compétence qu'exerçaient auparavant les cours visées à l'art. 96, la question se trouve réglée. Si, cependant, le pouvoir est identique ou analogue à un pouvoir que les cours visées à l'art. 96 exerçaient au moment de la Confédération, il faut alors passer à la deuxième étape. La deuxième étape porte sur l'examen de la fonction dans son cadre institutionnel pour établir si la fonction est encore «judiciaire». Ce qui est déterminant, c'est l'objet de la décision plutôt que le mode d'adjudication, et ce n'est que si on peut encore qualifier le pouvoir de judiciaire qu'il devient nécessaire de passer à la troisième étape, l'examen de la fonction globale du tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée. Une loi provinciale n'est invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger, de sorte qu'on puisse dire qu'il fonctionne comme une cour visée à l'art. 96.

En appliquant la première étape, la Cour constate que les pouvoirs conférés à la Commission sont de façon générale assimilables à ceux qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 avant et après la Confédération. L'argument portant que le pouvoir d'ordonner l'éviction était, avant la Confédération, accordé aux juges de la Cour de comté à titre de *persona designata*, et que ce pouvoir et, par analogie, le pouvoir d'ordonner de se conformer à la Loi, n'étaient par conséquent plus exclusifs aux cours supérieure et de comté, va trop loin. La compétence prévue à la loi en vigueur avant la Confédération à l'égard des locataires récalcitrants était simplement une modification de la compétence traditionnelle qu'exerçaient les cours supérieures en matière d'expulsion. Les juges de la Cour de comté agissant en vertu des dispositions relatives aux locataires récalcitrants agis-

able by courts of summary jurisdiction rather than by s. 96 courts was misconceived. Provinces could not avoid the limitations of s. 96 by taking a function of a s. 96 court, simplifying procedural matters, and then transferring the jurisdiction to a non s. 96 tribunal.

Proceeding to step two the Court found that the impugned power to order eviction or compliance, viewed in its institutional setting, remained essentially a "judicial power" exercised in all cases in the context of a *lis* between parties. The Commission in deciding contractual and property rights as between individual landlords and tenants also determined rights other than those relating to land and property. Each case involved analysis of law, an application of law to the facts, and a judicial decision and subsequent order.

The third step examined the inter-relationship between the impugned "judicial" powers and other powers under the Act. The central function of the Commission was the resolution of disputes, in the final form by a judicial form of hearing between landlords and tenants. The Commission's other functions were either ancillary to this central function, or were separate and distinct from it and bore no relation to it. There was no broad legislative scheme to subsume the Commission's judicial functions. The whole of s. 96 court's jurisdiction in a certain area, however limited, was transferred to provincially appointed officials.

Walker's Case (1587), 76 E.R. 676; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] S.C.R. 689; *Attorney General of Canada v. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775; *Home Oil Distributors, Limited v. Attorney General of British Columbia*, [1940] S.C.R. 444; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney General for Canada*, [1937] A.C. 368; *Ladore and Others v. Bennett and Others*, [1939] A.C. 468; *Reference re Eskimos*, [1939] S.C.R. 104; *Swait v. Board of Trustees of Maritime Transportation Unions* (1966), 61 D.L.R. (2d) 317; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada and Others*, [1939] A.C. 117; *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Pillai v. Mudanayake and Others*, [1953] A.C. 514; *Edwards and Others v. Attorney-General for Canada and Others*, [1930] A.C. 124; *Laidlaw v. The Municipality of Metropolitan Toronto*, [1978] 2 S.C.R. 736; *Re Apogee*

saient en qualité de juges et non en qualité de *persona designata*. L'argument que la compétence de la Commission est analogue à celle que peuvent exercer les cours de juridiction sommaire plutôt qu'à celle des cours visées à l'art. 96 est mal conçu. Les provinces ne peuvent se soustraire aux restrictions de l'art. 96 en prenant une fonction réservée à une cour visée à l'art. 96, en simplifiant les procédures et en faisant alors passer la compétence à un tribunal non visé à l'al. 96.

Passant à la deuxième étape, la Cour constate que le pouvoir contesté d'ordonner l'éviction ou d'exiger de se conformer à la Loi, examiné dans son cadre institutionnel, reste essentiellement un «pouvoir judiciaire», exercé dans tous les cas dans le cadre d'un litige entre des parties. Lorsqu'elle décide des droits relatifs aux contrats et aux biens entre des particuliers propriétaires et locataires, la Commission décide non seulement de droits sur un bien, mais d'autres droits aussi. Chaque cas exige l'analyse du droit, l'application du droit aux faits, une décision judiciaire et l'ordonnance qui en résulte.

La troisième étape vise l'examen de la relation entre les pouvoirs «judiciaires» qui sont attaqués et les autres pouvoirs prévus à la Loi. La principale fonction de la Commission est de régler les litiges, en dernier recours dans une forme judiciaire d'audition des propriétaires et des locataires. Les autres fonctions de la Commission sont soit accessoires à cette fonction principale, soit séparées et distinctes de cette fonction avec laquelle elles n'ont aucun rapport. Il n'y a pas un grand ensemble législatif qui englobe les fonctions judiciaires de la Commission. Toute la compétence des tribunaux visés à l'art. 96 sur un domaine particulier, bien que restreint, a été transmise à des fonctionnaires nommés par la province.

Jurisprudence: *Walker's Case* (1587), 76 E.R. 676; *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*, [1971] R.C.S. 689; *Procureur général du Canada* c. *Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; *Home Oil Distributors, Limited c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1940] R.C.S. 444; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General of Canada*, [1937] A.C. 368; *Ladore and Others v. Bennett and Others*, [1939] A.C. 468; *Renvoi sur les Esquimaux*, [1939] R.C.S. 104; *Swait v. Board of Trustees of Maritime Transportation Unions* (1966), 61 D.L.R. (2d) 317; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada and Others*, [1939] A.C. 117; *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Pillai v. Mudanayake and Others*, [1953] A.C. 514; *Edwards and Others v. Attorney-General for Canada and Others*, [1930] A.C. 124; *Laidlaw c. La municipalité du Toronto métropolitain*,

Investments Ltd. and Saber (1978), 21 O.R. (2d) 663; *Re Blok-Glowczynski et al. and Stanga et al.* (1978), 22 O.R. (2d) 376; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Reference re Adoption Act and Other Acts*, [1938] S.C.R. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Limited*, [1949] A.C. 134; *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia) et al.*, [1977] 1 S.C.R. 112; *The Corporation of the City of Mississauga v. The Regional Municipality of Peel et al.*, [1979] 2 S.C.R. 244; *Attorney General of Quebec et al. v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577; *Dupont et al. v. Inglis et al.*, [1958] S.C.R. 535; *Pong v. Quong and Chong*, [1927] S.C.R. 271; *Pajelle Investments Ltd. v. Herbold and Herbold*, [1976] 2 S.C.R. 520; *Herman et al. v. Deputy Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 729; *Ross v. The York, Newcastle & Berwick Railway Company* (1849), 18 L.J.Q.B. 199; *R. v. McIntosh* (1869), 12 N.B.R. 372; *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements* (1978), 89 D.L.R. (3d) 460, referred to; *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations*, [1950] S.C.R. 124, not followed.

APPEAL from a decision of the Court of Appeal for Ontario[1], finding the grant of certain powers *ultra vires* the Ontario Legislature. Appeal dismissed.

Supporting the legislation:

D. W. Mundell, Q.C., John Cavarzan, Q.C., and *Lorraine E. Weinrib*, for the Attorney General of Ontario.

William J. Atkinson, Henri Brun and *Jean-François Jobin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Reinhold M. Endres and *Linda Garber*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

E. Robert A. Edwards, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Brian F. Squair, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

D. A. McKillop, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

[1] (1980), 26 O.R. (2d) 609; (1980), 105 D.L.R. (3d) 193.

[1978] 2 R.C.S. 736; *Re Apogee Investments Ltd. and Saber* (1978), 21 O.R. (2d) 663; *Re Blok-Glowczynski et al. and Stanga et al.* (1978), 22 O.R. (2d) 376; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Renvoi relatif à l'Adoption Act et à d'autres lois*, [1938] R.C.S. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Limited*, [1949] A.C. 134; *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse) et autres*, [1977] 1 R.C.S. 112; *La ville de Mississauga c. La municipalité régionale de Peel et autres*, [1979] 2 R.C.S. 244; *Le procureur général du Québec et autre c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Re Pepita and Doukas* (1979), 101 D.L.R. (3d) 577; *Dupont et autre c. Inglis et autres*, [1958] R.C.S. 535; *Pong c. Quong et Chong*, [1927] R.C.S. 271; *Pajelle Investments Ltd. c. Herbold et Herbold*, [1976] 2 R.C.S. 520; *Herman et autres c. Le sous-procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 729; *Ross v. The York, Newcastle & Berwick Railway Company* (1849), 18 L.J.Q.B. 199; *R. v. McIntosh* (1869), 12 N.B.R. 372; *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements* (1978), 89 D.L.R. (3d) 460; arrêt non suivi: *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations*, [1950] R.C.S. 124.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario[1], portant que l'attribution de certains pouvoirs est *ultra vires* de la législature de l'Ontario. Pourvoi rejeté.

Appuyant la législation:

D. W. Mundell, c.r., John Cavarzan, c.r. et *Lorraine E. Weinrib*, pour le procureur général de l'Ontario.

William J. Atkinson, Henri Brun et *Jean-François Jobin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Reinhold M. Endres et *Linda Garber*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

E. Robert A. Edwards, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Brian F. Squair, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

D. A. McKillop, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

[1] (1980), 26 O.R. (2d) 609; (1980), 105 D.L.R. (3d) 193.

William Henkel, Q.C., for the intervener the Attorney General of Alberta.

Opposing the legislation:

John J. Robinette, Q.C., and *Peter Atkinson.*

T. B. Smith, Q.C., and *J. M. Mabbutt*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Ian Scott, Q.C., and *Mary Hogan*, for the intervener Federation of Metro Tenants Association *et al.*

J. H. Melnitzer, for the intervener London Property Management Association *et al.*

Lawrence Greenspon, on his own behalf.

The judgment of the Court was delivered by

DICKSON J.—The resolution of disputes between landlords and tenants has long been a central preoccupation of the common law courts. As early as 1587, Lord Coke observed that the law of landlord and tenant was vital since, "for the most part, every man is a lessor or a lessee". (*Walker's Case*[2] at p. 680.)

Within the past few years the Province of Ontario, in common with a number of other provinces, has enacted legislation to redress what was perceived to be an imbalance, in favour of landlords, in the landlord and tenant relationship. On June 21, 1979, the Legislative Assembly of Ontario enacted *The Residential Tenancies Act, 1979*, 1979 (Ont.), c. 78, to come into effect on proclamation. The Act contains a detailed legislative code to govern landlords and tenants and establishes a tribunal, bearing the name the Residential Tenancy Commission, to oversee and enforce the newly enunciated rights and obligations. Questions having been raised as to the authority of the Legislative Assembly of Ontario to empower the Commission to make orders evicting tenants from residential premises and to require landlords and tenants to comply with obligations imposed under the Act, the Executive Council of the Province, pursuant to s. 1 of *The Constitution-*

[2] (1587), 76 E.R. 676.

William Henkel, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Contre la législation:

John J. Robinette, c.r., et *Peter Atkinson.*

T. B. Smith, c.r., et *J. M. Mabbutt*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Ian Scott, c.r., et *Mary Hogan*, pour l'intervenante Federation of Metro Tenants Association et autres.

J. H. Melnitzer, pour l'intervenante London Property Management Association et autres.

Lawrence Greenspon, personnellement.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE DICKSON—Le règlement des conflits entre propriétaires et locataires a toujours grandement préoccupé les tribunaux de *common law*. Déjà en 1587, lord Coke signale que le droit des baux d'habitation est capital puisque [TRADUCTION] «dans la plupart des cas, tout homme est un bailleur ou un locataire». (*Walker's Case*[2] à la p. 680.)

Au cours des dernières années, la province de l'Ontario, de concert avec plusieurs autres provinces, a adopté une loi visant à corriger ce qu'on estimait être un déséquilibre, en faveur des propriétaires, dans les relations entre propriétaires et locataires. Le 21 juin 1979, l'Assemblée législative de l'Ontario a adopté la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, 1979 (Ont.), chap. 78, qui devait entrer en vigueur à compter de sa proclamation. La Loi constitue un code législatif détaillé s'appliquant aux propriétaires et aux locataires et crée un tribunal, sous le nom de Commission du logement, pour surveiller et faire appliquer les droits et les obligations que la nouvelle loi énonce. Des questions ont été soulevées quant à la compétence de l'Assemblée législative de l'Ontario de conférer à la Commission le pouvoir d'évincer des locataires des locaux d'habitation et d'exiger que les propriétaires et les locataires se conforment aux obligations que la Loi leur impose et, en vertu de l'art. 1

[2] (1587), 76 E.R. 676.

al Questions Act, R.S.O. 1970, c. 79, referred the following questions to the Court of Appeal of Ontario for hearing and consideration:

1. Is it within the legislative authority of the Legislative Assembly of Ontario to empower the Residential Tenancy Commission to make an order evicting a tenant as provided in *The Residential Tenancies Act, 1979*?
2. Is it within the legislative authority of the Legislative Assembly of Ontario as provided in *The Residential Tenancies Act, 1979* to empower the Residential Tenancy Commission to make orders requiring landlords and tenants to comply with obligations imposed under that Act?

The Court of Appeal delivered a careful and scholarly unanimous judgment in which each of these questions was answered in the negative. The court concluded it was not within the legislative authority of Ontario to empower the Residential Tenancy Commission to make eviction orders and compliance orders as provided in *The Residential Tenancies Act, 1979*. The importance of the issue is reflected in the fact that five judges of the court, including the Chief Justice and Associate Chief Justice, sat on the appeal.

The Attorney General of Ontario appealed to this Court as of right, under s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, as amended. The Attorneys General of Quebec, Nova Scotia, British Columbia, Manitoba, Saskatchewan and Alberta intervened to support the validity of the legislation. Mr. John J. Robinette, Q.C., was invited by the Court of Appeal of Ontario, when the matter came before that court, to argue against the validity of the provisions that were the subject of the reference. Mr. Robinette assisted this Court in like manner during argument of the present appeal.

The Attorney General of Canada intervened to oppose the legislation as did a number of property management associations. The legislation also came under attack from independent community-based legal service clinics and from the Federation of Metro Tenants Association. The Federation is an "umbrella" organization for Metropolitan Toronto, composed of nearly one hundred affiliat-

de *The Constitutional Questions Act*, R.S.O. 1970, chap. 79, le Conseil exécutif de la province a soumis les questions suivantes à la Cour d'appel de l'Ontario pour examen:

1. L'Assemblée législative de l'Ontario a-t-elle compétence pour conférer à la Commission du logement le pouvoir d'ordonner l'éviction d'un locataire comme le prévoit la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*?
2. L'Assemblée législative de l'Ontario a-t-elle compétence pour conférer à la Commission du logement le pouvoir d'exiger que les propriétaires et les locataires se conforment aux obligations que leur impose la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, comme le prévoit cette Loi?

La Cour d'appel a rendu à l'unanimité un arrêt savant et approfondi par lequel elle répond négativement à ces deux questions. La cour a conclu que l'Ontario n'a pas compétence pour légiférer de manière à conférer à la Commission du logement le pouvoir d'évincer et d'exiger le respect de la loi comme le prévoit la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Le fait que cinq juges de la cour, y compris le Juge en chef et le Juge en chef adjoint, ont entendu l'appel montre bien l'importance accordée à cette question.

Le procureur général de l'Ontario se pourvoit de plein droit devant cette Cour, aux termes de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, chap. S-19 et modifications. Les procureurs généraux du Québec, de la Nouvelle-Écosse, de la Colombie-Britannique, du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta sont intervenus pour appuyer la validité de la loi. Lorsque l'affaire lui a été soumise, la Cour d'appel de l'Ontario a invité M^e^ John J. Robinette, c.r., à plaider contre la validité des dispositions visées par le renvoi. M^e^ Robinette a fait de même à l'audition devant cette Cour.

Le procureur général du Canada et plusieurs organismes de gestion immobilière sont intervenus pour s'opposer à la loi. Des cliniques indépendantes de services juridiques communautaires et la Federation of Metro Tenants Association l'ont aussi contestée. La Fédération est un organisme central du Toronto métropolitain qui regroupe près de cent associations de locataires et quelques loca-

ed tenant associations and some individual tenant members who support and participate in the work of organizing tenants and lobbying in their interests. Owners and tenants alike made common cause in assailing the impugned provisions.

It should be noted that the Court is concerned in this appeal only with the constitutional validity of two powers, the subject matter of the reference, and not with the soundness of the overall legislative scheme or the wisdom of the Legislative Assembly in enacting it. The general subject matter of landlord and tenant rights and obligations is unquestionably within provincial legislative competence and no part of *The Residential Tenancies Act, 1979*, other than those sections empowering the Commission to issue compliance orders and eviction orders, is in issue.

I

In advance of the hearing before the Ontario Court of Appeal, the Attorney General of Ontario filed with the court the 1968 report of the Ontario Law Reform Commission entitled "Interim Report on Landlord and Tenant Law Applicable to Residential Tenancies"; the 1972 report of the Commission on Part IV of *The Landlord and Tenant Act*; the 1976 report of the Commission entitled "Report on Landlord and Tenant Law"; and a Green Paper published in 1978 by the Ministry of Consumer and Commercial Relations entitled "Policy Options for Continuing Tenant Protection". In the Court of Appeal, a question was raised as to whether, and the extent to which, this material was properly before the court. Although there was some argument, it was not pressed to the point where the Court of Appeal felt called upon to rule on it. The court was content to receive the material for whatever assistance it might afford as "background", and to leave its relevance and weight until the conclusion of the submissions advanced during the hearing. In the outcome the Court of Appeal was persuaded that little, if anything, turned on the reception of this material.

The same four documents were before us, and it seems appropriate at this time to rule whether

taires qui personnellement appuient l'organisation des locataires, qui participent au travail d'organisation et qui font des démarches en leur faveur. Les propriétaires et les locataires se sont unis pour attaquer les dispositions contestées.

Il faut souligner que la Cour ne s'intéresse qu'à la validité constitutionnelle de deux pouvoirs qui font l'objet du renvoi, et non au bien-fondé de tout l'ensemble législatif, ni à la sagesse de l'Assemblée législative qui l'a adopté. Le domaine général des droits et des obligations des propriétaires et des locataires est incontestablement de la compétence législative des provinces, et aucune disposition de la *Loi de 1979 sur la location résidentielle*, autre que les articles accordant à la Commission le pouvoir d'évincer les locataires et d'exiger le respect de la Loi, n'est en jeu ici.

I

Avant l'audition en Cour d'appel de l'Ontario, le procureur général de l'Ontario a produit à la cour le rapport de 1968 de la Commission de réforme du droit de l'Ontario intitulé "Interim Report on Landlord and Tenant Law Applicable to Residential Tenancies", le rapport de 1972 de la Commission sur la Partie IV de *The Landlord and Tenant Act*, le rapport de 1976 de la Commission intitulé "Report on Landlord and Tenant Law" ainsi qu'un livre vert intitulé "Policy Options for Continuing Tenant Protection" que le Ministry of Consumer and Commercial Relations a publié en 1978. Devant la Cour d'appel, on a soulevé la question de savoir si ces documents avaient été validement produits et dans quelle mesure ils l'avaient été. Il y a bien eu un certain débat sur ce point, mais on n'a pas insisté au point que la Cour d'appel estime nécessaire de se prononcer sur la question. La cour a consenti à admettre ces documents s'ils pouvaient servir à titre de documentation, et à reporter à la fin des plaidoyers la décision quant à leur pertinence et à leur valeur. Finalement, la Cour d'appel était convaincue que la réception de ces documents n'a pas influencé sa décision.

Ces quatre documents nous ont été soumis et il semble opportun de décider à ce moment si cela est

properly so. There is little authority to guide decision.

Professors Whyte and Lederman correctly point out in chapter 4 of their work on *Canadian Constitutional Law* that a classification process is at the heart of judicial determination of the distribution or limitation of primary legislative powers. That process joins logic with social fact, value decisions and the authority of precedents. A court faces particular difficulty in a constitutional reference when only the bare bones of the statute arrive for consideration. The Chief Justice of this Court made this point in the "chicken and egg" reference, *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Association*[3]. There is normally a dearth of relevant facts from which to draw logical inferences, determine social impact, make value decisions and select governing precedents. As Whyte and Lederman note, p. 229, " ... the challenge of *ultra vires* raises a need for evidence of facts of social context and legislative effect ... ".

In my view a court may, in a proper case, require to be informed as to what the effect of the legislation will be. The object or purpose of the Act in question may also call for consideration though, generally speaking, speeches made in the Legislature at the time of enactment of the measure are inadmissible as having little evidential weight.

It now seems reasonably clear that Royal Commission Reports and the Reports of Parliamentary committees made prior to the passing of a statute are admissible to show the factual context and purpose of the legislation although Cartwright J., as he then was, said in *Attorney General of Canada. v. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*[4], that the general rule is that if objected to they should be excluded. If the reports are relevant it is not entirely clear why they should be excluded upon objection of one of the parties.

[3] [1971] S.C.R. 689.
[4] [1961] S.C.R. 775.

régulier. Il y a bien peu de doctrine et de jurisprudence qui nous éclaire.

Les professeurs Whyte et Lederman soulignent avec justesse au chapitre 4 de leur ouvrage *Canadian Constitutional Law* qu'un processus de classification est au centre de l'examen judiciaire de la répartition ou de la restriction des principaux pouvoirs législatifs. Ce processus joint la logique à la réalité sociale, aux décisions de valeur et aux précédents. Dans un renvoi constitutionnel, une cour fait face à une difficulté particulière lorsqu'elle doit examiner une loi sans pouvoir se référer à des faits. Le Juge en chef de cette Cour l'a souligné dans le renvoi sur «le contingentement des œufs», *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Association*[3]. Il y a habituellement très peu de faits pertinents qui permettent de tirer des conclusions logiques, d'évaluer les répercussions sociales, de prendre des décisions de valeur et de choisir les précédents qui s'appliquent. Comme le soulignent Whyte et Lederman, à la p. 229, [TRADUCTION] « ... le défi de la constitutionnalité exige la preuve de faits ayant un contexte social et un effet législatif ... ».

A mon avis, une cour peut, quand l'affaire s'y prête, exiger des renseignements sur l'effet qu'aura la loi. L'objet et le but que vise la Loi en question peuvent également devoir être examinés même si, en général, les discours prononcés devant le corps législatif au moment de son adoption sont irrecevables vu leur faible valeur probante.

Il semble maintenant assez évident que les rapports d'une commission royale ou les rapports des comités parlementaires établis avant l'adoption d'une loi sont recevables pour montrer le contexte factuel et le but que vise la loi, même si le juge Cartwright, c'était alors son titre, a dit dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*[4], qu'en règle générale, s'il y a opposition, ils ne devraient pas être admis. Si les rapports sont pertinents, on ne voit pas clairement pourquoi il faudrait les exclure si une partie s'y oppose.

[3] [1971] R.C.S. 689.
[4] [1961] R.C.S. 775.

In *Home Oil Distributors, Limited v. Attorney-General of British Columbia*[5], Kerwin J., with the concurrence of Rinfret J., took into consideration a report of a Commission under the circumstances there existing, for showing what was in the mind of Parliament. The same course was adopted by the Privy Council in *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*[6] and in *Ladore and Others v. Bennett and Others*[7]. In *Reference re Eskimos*[8], in preliminary proceedings, this Court appointed the Registrar to hold hearings and take evidence as to whether Eskimos were "Indians" within the meaning of the *B.N.A. Act*. In *Swait v. Board of Trustees of Maritime Transportation Unions*[9], the Quebec Court of Queen's Bench, Appeal Side, admitted the Norris Report on Disruption of Shipping in the Great Lakes for the purpose of establishing the facts upon which Parliament based the purpose and object of an Act passed essentially to put an end to a danger threatening the national interest.

Although admittedly a far different case from the present, in *Reference re Anti-Inflation Act*[10], this Court admitted extrinsic evidence relating to the then prevailing level of inflation, including the White Paper tabled in the House by the Minister of Finance. I think it can be taken from the conduct of the the *Anti-Inflation Reference* and the use of extrinsic materials by the members of the Court in that case that the exclusionary rule expressed in *obiter* by Rinfret C.J. in *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations*[11], can no longer be taken as a correct statement of the law. We should be loathe, it seems to me, to enunciate any inflexible rule governing the admissibility of extrinsic materials in constitutional references. The effect of such a rule might well be to exclude logically relevant and highly probative evidence. It is preferable, I think, to follow the practice adopted in the *Anti-Inflation Reference* and give timely directions establishing the evidence

[5] [1940] S.C.R. 444.
[6] [1937] A.C. 368.
[7] [1939] A.C. 468.
[8] [1939] S.C.R. 104
[9] (1966), 61 D.L.R. (2d) 317.
[10] [1976] 2 S.C.R. 373.
[11] [1950] S.C.R. 124.

Dans l'arrêt *Home Oil Distributors, Limited c. Procureur général de la Colombie-Britannique*[5], le juge Kerwin, avec l'assentiment du juge Rinfret, a examiné le rapport d'une commission dans les circonstances de l'espèce pour montrer l'intention du législateur. Le Conseil privé a fait de même dans les arrêts *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*[6], et *Ladore and Others v. Bennett and Others*[7]. Dans le *Renvoi sur les Esquimaux*[8], cette Cour a, au cours des procédures préliminaires, désigné le Registraire pour tenir des audiences et recueillir des éléments de preuve en vue d'établir si les Esquimaux sont des «Indiens» au sens de l'*A.A.N.B.* Dans *Swait v. Board of Trustees of Maritime Transportation Unions*[9], la Division d'appel de la Cour du Banc de la Reine du Québec a admis le Norris Report on Disruption of Shipping in the Great Lakes afin d'établir les faits qui ont amené le Parlement à adopter une loi uniquement en vue de mettre fin à une situation mettant en danger l'intérêt national.

Même si, on l'admet, il s'agissait d'une affaire bien différente de la présente, dans le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*[10], cette Cour a admis une preuve extrinsèque portant sur le niveau d'inflation existant alors, y compris le Livre blanc que le ministre des Finances avait déposé en Chambre. A mon avis, depuis le *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation* et l'utilisation par les membres de cette Cour de documents extrinsèques dans cette affaire, on peut déduire que la règle d'exclusion énoncée par le juge Rinfret en *obiter* dans *Reference Re Validity of Wartime Leasehold Regulations*[11], n'est plus valable en droit. Nous sommes peu enclins, il me semble, à énoncer une règle rigide qui s'appliquerait à la recevabilité de documents extrinsèques dans les renvois constitutionnels. Une telle règle pourrait bien avoir pour effet d'exclure des éléments de preuve logiquement pertinents et d'une grande valeur probante. Il est préférable, à mon avis, de suivre la pratique établie

[5] [1940] R.C.S. 444.
[6] [1937] A.C. 368.
[7] [1939] A.C. 468.
[8] [1939] R.C.S. 104.
[9] (1966), 61 D.L.R. (2d) 317.
[10] [1976] 2 R.C.S. 373.
[11] [1950] R.C.S. 124.

or extraneous materials to be admitted to serve the ends of the Court in the particular reference.

Generally speaking, for the purpose of constitutional characterization of an act we should not deny ourselves such assistance as Royal Commission reports or Law Reform Commission reports underlying and forming the basis of the legislation under study, may afford. The weight to be given such reports is, of course, an entirely different matter. They may carry great, little, or no weight, but at least they should, in my view, generally be admitted as an aid in determining the social and economic conditions under which the Act was enacted. See *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada and Others*[12] (Alberta Bank Taxation case). The mischief at which the act was directed, the background against which the legislation was enacted and institutional framework in which the act is to operate are all logically relevant. See *Letang v. Cooper*[13], at p. 240 and *Pillai v. Mudanayake and Others*[14], at p. 528.

A constitutional reference is not a barren exercise in statutory interpretation. What is involved is an attempt to determine and give effect to the broad objectives and purpose of the Constitution, viewed as a "living tree", in the expressive words of Lord Sankey in *Edwards and Others v. Attorney-General for Canada and Others*[15]. Material relevant to the issues before the court, and not inherently unreliable or offending against public policy should be admissible, subject to the proviso that such extrinsic materials are not available for the purpose of aiding in statutory construction. See *Laidlaw v. The Municipality of Metropolitan Toronto*[16] at p. 743 and generally, Strayer, *Judicial Review of Legislation in Canada* (1968), c. 6; Hogg, "Proof of Facts in Constitutional Cases" (1976), 26 U. of T. L.J. 386; Buglass, "The Use of

[12] [1939] A.C. 117.
[13] [1965] 1 Q.B. 232.
[14] [1953] A.C. 514.
[15] [1930] A.C. 124.
[16] [1978] 2 S.C.R. 736.

dans le *Renvoi sur la Loi anti-inflation* et, le moment venu, de donner des directives établissant que la preuve ou les documents étrangers soient admis pour servir les fins de la Cour dans un renvoi donné.

En général, quand il s'agit d'établir le caractère constitutionnel d'une loi, nous ne devons pas nous priver de l'aide que peuvent nous apporter les rapports d'une commission royale d'enquête ou d'une commission de réforme du droit qui sont à la base de la loi à l'étude. Bien sûr, l'importance qu'il faut attribuer à ces rapports est une question tout à fait différente. Ils peuvent être très importants, peu importants ou inutiles, mais, à mon avis, il faudrait au moins les admettre de façon générale pour nous aider à établir les conditions sociales et économiques dans lesquelles la loi a été adoptée. Voir *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada and Others*[12], (l'arrêt Alberta Bank Taxation). La situation que la loi vise à corriger, les circonstances dans lesquelles elle a été adoptée et le cadre institutionnel dans lequel elle doit être appliquée sont tous logiquement pertinents. Voir *Letang v. Cooper*[13], à la p. 240 et *Pillai v. Mudanayake and Others*[14], à la p. 528.

Un renvoi constitutionnel n'est pas un exercice stérile d'interprétation des lois. Il s'agit d'une tentative pour préciser les objectifs généraux et la portée de la constitution, considérée, selon le langage expressif de lord Sankey dans l'arrêt *Edwards and Others v. Attorney General for Canada and Others*[15], comme un «arbre», et y donner effet. Les documents qui sont pertinents aux questions soumises à la cour, qui ne sont pas douteux en soi et qui ne pêchent pas contre l'ordre public devraient être recevables, à la condition que ces documents extrinsèques ne servent pas à l'interprétation des lois. Voir l'arrêt *Laidlaw c. La municipalité du Toronto métropolitain*[16], à la p. 743, et en général, les ouvrages de Strayer: *Judicial Review of Legislation in Canada* (1968), chap. 6; de Hogg, «Proof of Facts in Constitutional

[12] [1939] A.C. 117.
[13] [1965] 1 Q.B. 232.
[14] [1953] A.C. 514.
[15] [1930] A.C. 124.
[16] [1978] 2 R.C.S. 736.

Extrinsic Evidence and the Anti-Inflation Act Reference" (1977), 9 Ottawa L. Rev. 183.

II

In 1964, the Legislature of Ontario enacted *The Ontario Law Reform Commission Act*, 1964 (Ont.), c. 78, R.S.O. 1970, c. 321, establishing the Ontario Law Reform Commission. The Commission was to inquire into and consider any matter relating to reform of the law having regard to the statute law, the common law and judicial decisions. On December 10, 1968, the Law Reform Commission submitted to the Attorney General of Ontario an Interim Report on Landlord and Tenant Law applicable to Residential Tenancies in which the Commission recommended substantial changes in matters of substantive law governing the relations of landlord and tenant relating to residential tenancies. Following thereon *The Landlord and Tenant Act*, 1968-69 (Ont.), c. 58, was enacted. This Act added a new Part IV entitled "Residential Tenancies" to *The Landlord and Tenant Act*. Part IV contained provisions on most of the matters recommended by the Law Reform Commission and some additional matters. Section 106(1) provided:

106. (1) Unless a tenant has vacated or abandoned rented premises, the landlord shall not regain possession of the premises on the grounds he is entitled to possession except under the authority of a writ of possession obtained under section 105 or under Part III.

Thus the landlord's right of self-help, through direct repossession, was abolished. It became necessary for a landlord to bring proceedings by way of writ to recover possession except in cases where the tenant had given it up. The Act also provided for the establishment of Landlord and Tenant Advisory Bureaux by the councils of municipalities to receive complaints and mediate disputes between landlords and tenants.

Cases» (1976), 26 U. of T. L.J. 386; de Buglass, «The Use of Extrinsic Evidence and the Anti-Inflation Act Reference» (1977), 9 Ottawa L. Rev. 183.

II

En 1964, la législature de l'Ontario a adopté *The Ontario Law Reform Commission Act*, 1964 (Ont.), chap. 78, R.S.O. 1970, chap. 321, créant la Commission de réforme du droit de l'Ontario. La Commission a reçu le mandat de faire enquête sur toute question relative à la réforme du droit touchant le droit statutaire, la *common law* et les décisions judiciaires. Le 10 décembre 1968, la Commission de réforme du droit a présenté au procureur général de l'Ontario un rapport provisoire sur le droit des propriétaires et des locataires applicable à la location résidentielle; la Commission y a recommandé des modifications importantes aux règles de fond applicables aux rapports entre propriétaires et locataires en matière de baux d'immeubles résidentiels. Suite à ce rapport, *The Landlord and Tenant Act*, 1968-69 (Ont.), chap. 58, a été adoptée. Cette loi ajoutait à *The Landlord and Tenant Act* une nouvelle Partie IV intitulée [TRADUCTION] «Baux d'habitation». La Partie IV comportait des dispositions sur la plupart des recommandations de la Commission de réforme du droit ainsi que sur certains points supplémentaires. Le paragraphe 106(1) se lisait:

[TRADUCTION]
106. (1) A moins qu'un locataire quitte les lieux loués ou déguerpisse, le propriétaire ne peut, sauf en vertu d'un bref de possession obtenu en vertu de l'article 105 ou en vertu de la Partie III, reprendre possession des lieux pour le motif qu'il en a le droit.

Ainsi était aboli le droit du propriétaire à l'autoredressement par la reprise de possession directe. Sauf si le locataire y renonçait, le propriétaire devait intenter des procédures au moyen d'un bref pour reprendre possession des lieux. La Loi prévoyait en outre l'établissement, par les conseils municipaux, de bureaux consultatifs des propriétaires et des locataires chargés d'entendre les plaintes et de servir de médiateurs dans les conflits entre les propriétaires et les locataires.

The reform in the law of landlord and tenant in 1968-69 preserved the constitutional authority of s. 96 courts to terminate tenancies, issue writs of possession, and enforce compliance.

In 1972 the Law Reform Commission reported upon a review which the Commission had made, at the request of the Attorney General, on certain provisions of the new Part IV of *The Landlord and Tenant Act* applying to residential tenancies. The Commission made a number of recommendations directed at shortening the time for taking steps in the proceedings for eviction and providing for the entry by the clerk of the court of default judgments where a landlord's application for a writ of possession was not contested. *The Landlord and Tenant Amendment Act, 1972*, 1972 (Ont.), c. 123, was enacted amending the procedure for applying for writs of possession and providing for default proceedings in the manner recommended by the Law Reform Commission.

In 1975 the Legislature of Ontario introduced *The Residential Premises Rent Review Act, 1975*, 1975 (Ont.), c. 12, to establish rent control. The ability of the province to administer a rent review system, of course, in no way encroached on the traditional jurisdiction of the s. 96 courts to order termination, eviction and compliance. A companion Act, 1975, (Ont.), c. 13, amended *The Landlord and Tenant Act* to make substantial changes in the substantive law of landlord and tenant. This latter Act established security of tenure for tenants by providing for automatic renewal of tenancy agreements upon expiration of the term, unless the agreement had been lawfully terminated in accordance with the Act. A tenant might terminate it by agreement or by giving notice in the form and at the time prescribed by the statute. A landlord might terminate only for specified causes and at specified times. The rules for proceedings by the county or district judge were relaxed and simplified. The powers of these judges were expanded to cover most of the issues that might arise between a landlord and a tenant, including power to declare a tenancy agreement terminated.

La réforme du droit de la location résidentielle en 1968-69 maintenait le pouvoir constitutionnel des tribunaux établis en vertu de l'art. 96 de résilier les baux, de délivrer les brefs de possession et de faire appliquer la loi.

En 1972, la Commission de réforme du droit a produit le rapport d'une étude qu'elle a faite, à la demande du procureur général, sur certaines dispositions de la Partie IV de *The Landlord and Tenant Act* s'appliquant à la location résidentielle. La Commission a fait plusieurs recommandations visant à réduire les délais pour entreprendre les procédures d'éviction et permettant au greffier de la cour d'inscrire un jugement par défaut lorsque la demande de bref de possession par le propriétaire n'est pas contestée. *The Landlord and Tenant Amendment Act, 1972*, 1972 (Ont.), chap. 123 a été adoptée, modifiant la procédure de demande de bref de possession et prévoyant l'inscription de jugements par défaut suivant la recommandation de la Commission de réforme du droit.

En 1975, la législature de l'Ontario a adopté *The Residential Premises Rent Review Act, 1975*, 1975 (Ont.), chap. 12 pour établir le contrôle des loyers. Bien sûr, le pouvoir de la province de gérer un système de révision des loyers n'empiétait aucunement sur la compétence traditionnelle des tribunaux établis en vertu de l'art. 96 d'ordonner la résiliation d'un bail, l'éviction d'un locataire ou l'application de la Loi. Une loi d'accompagnement (1975 (Ont.), chap. 13) a apporté des modifications importantes à *The Landlord and Tenant Act* quant aux règles de fond applicables aux propriétaires et aux locataires. Cette dernière loi donnait au locataire la permanence de bail en prévoyant le renouvellement automatique des baux à l'expiration du terme, à moins qu'ils n'aient été légitimement résiliés conformément à la Loi. Un locataire pouvait y mettre fin par entente mutuelle ou en donnant avis dans la forme et le délai prévus à la Loi. Un propriétaire pouvait y mettre fin uniquement pour des motifs précis et à des époques précises. Les règles de procédure devant le juge de comté ou de district ont été assouplies et simplifiées. Les pouvoirs de ces juges ont été élargis pour englober la plupart des litiges susceptibles d'opposer propriétaires et locataires, y compris le pouvoir de résilier le bail.

After the 1975 statutes were passed the courts continued to exercise the functions traditionally performed by s. 96 courts since Confederation, and to the present time, to order termination of leases, make eviction orders and compel compliance with the provisions of a lease of residential premises. See, as examples, *Re Apogee Investments Ltd. and Saber*[17] and *Re Blok-Glowczynski et al. and Stanga et al.*[18]

On February 10, 1978 a Government Green Paper was released relating to policy options for continuing tenant protection. The Green Paper made reference to the very large number of Ontario citizens whose lives are governed in part by the law of landlord and tenant. From 1961 to 1971 the number of tenants grew by 70 per cent from 483,500 to 825,000. It was estimated that there were more than one million rental households in Ontario constituting about 36 per cent of all households.

A reading of the Green Paper would suggest that at least three factors led to the establishment of the Residential Tenancy Commission. First, the legislature had removed the landlord's traditional right to employ 'self-help' remedies (*i.e.* repossession) and now required a landlord to apply for an order of eviction. It was felt that the demands of this "new business" would clog an already overburdened court system. A specialized Commission was seen as a convenient method for ensuring prompt and efficient resolution of landlord-tenant disputes. A second major factor was the belief that the regular court system was too formal in structure for the resolution of landlord and tenant disputes; that such disputes could best be adjudicated in an informal, summary proceeding before a tribunal where individual complainants would feel less inhibited in presenting their own cases. Third, the Green Paper saw the creation of a Tenancy Commission as a convenient method of consolidating functions which had previously been performed by different organizations. The new tribunal would be a centralized body which could provide authoritative advice to landlords and ten-

[17] (1978), 21 O.R. (2d) 663.
[18] (1978), 22 O.R. (2d) 376.

Après l'adoption des lois de 1975, les cours ont continué d'exercer les fonctions qu'accomplissaient traditionnellement les cours établies en vertu de l'art. 96 depuis la Confédération et, jusqu'à maintenant, de résilier les baux, d'ordonner l'éviction des locataires et d'obliger les parties à se conformer aux dispositions des baux résidentiels. Citons, à titre d'exemples, *Re Apogee Investments Ltd. and Saber*[17] et *Re Blok-Glowczynski et al. and Stanga et al.*[18]

Le 10 février 1978, le gouvernement a publié un Livre vert sur les choix de politique visant la protection permanente du locataire. Le Livre vert faisait mention du très grand nombre de citoyens ontariens dont la vie est régie en partie par le droit de la location résidentielle. De 1961 à 1971, le nombre de locataires s'est accru de 70 p. cent, passant de 483,500 à 825,000. On estimait à plus de un million le nombre de logis loués en Ontario, soit environ 36 p. cent de tous les logis.

La lecture du Livre vert montre qu'au moins trois facteurs ont mené à la création de la Commission des loyers. Premièrement, le législateur avait aboli le droit traditionnel du propriétaire de prendre des mesures d'«auto-redressement» (c.-à-d. la reprise de possession) et exigeait que le propriétaire demande une ordonnance d'éviction. On estimait que les demandes en ce sens entraveraient le fonctionnement d'un système judiciaire déjà surchargé. On croyait qu'une commission spécialisée serait le moyen approprié pour assurer le règlement prompt et efficace des conflits entre propriétaires et locataires. Le deuxième facteur important était la croyance que la structure du système judiciaire ordinaire est trop formaliste pour le règlement des conflits entre propriétaires et locataires; que ces conflits pouvaient être résolus au moyen d'une procédure sommaire, sans formalités devant un tribunal où les plaignants eux-mêmes se sentiraient moins impuissants à plaider leur cause. Troisièmement, le Livre vert estimait que la création d'une Commission du logement était un moyen approprié de réunir des fonctions qu'accomplissaient auparavant différents organismes. Le

[17] (1978), 21 O.R. (2d) 663.
[18] (1978), 22 O.R. (2d) 376.

ants. By combining administrative functions with judicial functions, the tribunal would be able to offer a wider range of remedies to individuals than the regular court system. The Paper noted that while many had hailed the development of tenancy boards and tribunals as an effective means of realizing the rights embodied in the residential tenancy legislation, others had pointed out that such "rough justice" might run counter to well-established principles of procedure. The Green Paper recommended a "mediation-adjudication" approach under which authority to mediate would be combined with jurisdiction to adjudicate a dispute. In this approach, an official would listen to both sides of the case and attempt to guide the parties toward a mutually agreeable solution. If agreement could not be reached, the official would convene a hearing with the parties present, hear evidence and arrive at a determination according to the law. The decision would be legally enforceable.

The Residential Tenancies Act was enacted to implement the recommendations of the Green Paper. As I have said, the Act set up a new tribunal, the Residential Tenancy Commission, to oversee and enforce the obligations of landlords and tenants in Ontario. The tribunal is given wide-ranging powers and functions. Some of these are purely administrative in nature, for example, the Commission is charged with the obligation of informing members of the public as to their rights under the legislation. But by far the most significant role to be played is in the resolution of disputes between landlords and tenants. The mechanism for dispute resolution is triggered 'upon application' by either the landlord or the tenant. In one or two circumstances the process is put in motion by application by a third party—*e.g.* a neighbouring tenant.

The Residential Tenancies Act is not directed solely to low rental housing. It applies to every residential tenancy, including the most expensive housing, and leases of great value, and any length of term, in city or country.

nouveau tribunal serait un organisme centralisé apte à dispenser des conseils sûrs aux propriétaires et aux locataires. En combinant des fonctions administratives et judiciaires, le tribunal serait en mesure d'offrir aux particuliers un plus large éventail de redressements que le système judiciaire ordinaire. Le Livre soulignait que, bien que plusieurs aient salué l'établissement de régies et de tribunaux du logement comme un moyen efficace de faire appliquer les droits que renferme la loi sur la location résidentielle, d'autres ont souligné que cette «justice sommaire» peut aller à l'encontre de principes de procédure bien ancrés. Le Livre vert a recommandé une méthode du genre «médiation et jugement» en vertu de laquelle le pouvoir de servir de médiateur serait combiné à la compétence de régler un conflit. Suivant cette méthode, un fonctionnaire entendrait les deux parties et tenterait de les amener à une solution d'accord mutuel. A défaut d'entente, le fonctionnaire pourrait fixer une audition en présence des parties, entendre la preuve et décider la question conformément à la loi. La décision serait exécutoire.

La *Loi sur la location résidentielle* a été adoptée pour mettre en œuvre les recommandations du Livre vert. Comme je l'ai dit, la Loi crée un nouveau tribunal, la Commission du logement, pour surveiller et faire appliquer les obligations des propriétaires et des locataires en Ontario. Le tribunal a des pouvoirs et des fonctions étendus. Certains sont de nature purement administrative; par exemple, la Commission a l'obligation d'informer le public des droits que cette loi lui accorde. Mais le règlement des conflits entre propriétaires et locataires est de loin son rôle le plus important. Le mécanisme de règlement des conflits est mis en branle par une demande du propriétaire ou du locataire. Dans un ou deux cas, le processus est mis en branle par une demande d'une autre personne, par ex. un locataire voisin.

La *Loi sur la location résidentielle* ne vise pas uniquement les logements à loyer modique. Elle s'applique à tout bail résidentiel, y compris les logis les plus chers et les baux de grande valeur, quel qu'en soit le terme, à la ville ou à la campagne.

III

As Professor Hogg has noted in his work on *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 129, there is no general "separation of powers" in the *British North America Act, 1867*. Our Constitution does not separate the legislative, executive, and judicial functions and insist that each branch of government exercise only its own function. Thus it is clear that the Legislature of Ontario may confer non-judicial functions on the courts of Ontario and, subject to s. 96 of the *B.N.A. Act*, which lies at the heart of the present appeal, confer judicial functions on a body which is not a court.

Under s. 92(14) of the *B.N.A. Act* the provincial legislatures have the legislative power in relation to the administration of justice in the province. This is a wide power but subject to subtraction of ss. 96 to 100 in favour of the federal authority. Under s. 96 the Governor General has the sole power to appoint the judges of the Superior, District and County Courts in each province. Under s. 97 the judges who are to be appointed to the Superior, District and County Courts are to be selected from the respective bars of each province. Under s. 100 the Parliament of Canada is obliged to fix and provide for their salaries. Section 92(14) and ss. 96 to 100 represent one of the important compromises of the Fathers of Confederation. It is plain that what was sought to be achieved through this compromise, and the intended effect of s. 96, would be destroyed if a province could pass legislation creating a tribunal, appoint members thereto, and then confer on the tribunal the jurisdiction of the superior courts. What was conceived as a strong constitutional base for national unity, through a unitary judicial system, would be gravely undermined. Section 96 has thus come to be regarded as limiting provincial competence to make appointments to a tribunal exercising s. 96 judicial powers and therefore as implicitly limiting provincial competence to endow a provincial tribunal with such powers.

III

Comme le professeur Hogg l'a souligné dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 129, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* ne prévoit pas une «séparation générale des pouvoirs». Notre constitution ne sépare pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, et insiste que chaque secteur de gouvernement n'exerce que ses propres fonctions. Ainsi, il est évident que la législature de l'Ontario peut attribuer des fonctions non judiciaires aux cours de l'Ontario et, sous réserve de l'art. 96 de l'*A.A.N.B.* qui est au centre du présent pourvoi, attribuer des fonctions judiciaires à un organisme qui n'est pas une cour.

Aux termes du par. 92(14) de l'*A.A.N.B.*, chaque législature a le pouvoir de faire des lois relatives à l'administration de la justice dans la province. C'est un pouvoir étendu, mais qui est assujetti aux soustractions que les art. 96 à 100 opèrent en faveur de l'autorité fédérale. En vertu de l'art. 96, le gouverneur général a seul le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province. En vertu de l'art. 97, les juges qui doivent être nommés aux cours supérieures, de district et de comté doivent être choisis parmi les membres des barreaux respectifs de ces provinces. En vertu de l'art. 100, le parlement du Canada est tenu de fixer et de payer leur salaire. Le paragraphe 92(14) et les art. 96 à 100 représentent un des compromis importants des Pères de la Confédération. Il est clair qu'on détruirait l'objectif visé par ce compromis et l'effet qu'on voulait donner à l'art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures. Ce qu'on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base. On est donc venu à considérer que l'art. 96 restreint la compétence des provinces de nommer les juges d'un tribunal qui exerce les pouvoirs judiciaires prévus à l'art. 96 et, par conséquent, qu'il restreint implicitement la compétence des provinces de conférer ces pouvoirs à un tribunal provincial.

IV

The belief that any function which in 1867 had been vested in a s. 96 court must forever remain in that court reached its apogee in the judgment of Lork Atkin in *Toronto Corporation v. York Corporation*[19]. Describing s. 96 as one of the "three principal pillars in the temple of justice ... not to be undermined", Lord Atkin held that the Ontario Municipal Board could not validly receive "judicial authority". At the same time, he held that the Municipal Board was in 'pith and substance' an administrative body, and the impugned 'judicial functions' were severable from the administrative powers given to the Board under its enabling legislation. There was no analysis of the inter-relationship between the judicial and administrative features of the legislative scheme; the assumption was that any attempt to confer a s. 96 function on a provincially-appointed tribunal was *ultra vires* the legislature.

This sweeping interpretation of s. 96, with its accompanying restrictive view of provincial legislative authority under s. 92, was limited almost immediately by the judgment of this Court in the *Reference re Adoption Act and Other Acts*[20]. Chief Justice Duff held that the jurisdiction of inferior courts was not "fixed forever as it stood at the date of Confederation". On his view, it was quite possible to remove jurisdiction from a Superior Court and vest it in a court of summary jurisdiction. The question which must be asked was whether "the jurisdiction conferred upon magistrates under these statutes broadly conform[s] to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of s. 96". In the *Adoption Reference*, Duff C.J. looked to the historical practice in England and concluded that the jurisdiction conferred on magistrates under the legislation before the Court in the *Reference* was analogous to the jurisdiction under the English *Poor Laws*, a jurisdiction which had belonged to courts of summary nature rather

[19] [1938] A.C. 415.
[20] [1938] S.C.R. 398.

IV

La croyance qu'une fonction assignée en 1867 à une cour établie en vertu de l'art. 96 doit lui rester pour toujours a atteint son apogée dans les motifs que lord Atkin a rendus dans l'arrêt *Toronto Corporation v. York Corporation*[19]. En décrivant l'art. 96 comme l'un des [TRADUCTION] «trois piliers principaux du temple de la justice ... qu'il ne faut pas détruire», lord Atkin a décidé que la Commission municipale de l'Ontario ne pouvait valablement être investie d'un «pouvoir judiciaire». En même temps, il a décidé que la Commission municipale était «essentiellement» un organisme administratif et que les «fonctions judiciaires» attaquées étaient distinctes des pouvoirs administratifs attribués à la Commission en vertu de sa loi constitutive. Il n'a pas analysé la relation entre les aspects judiciaires et administratifs de la loi; il a pris pour acquis que toute tentative visant à attribuer une fonction prévue à l'art. 96 à un tribunal nommé par la province était *ultra vires*.

Cette interprétation radicale de l'art. 96, accompagnée d'une opinion restrictive du pouvoir législatif des provinces suivant l'art. 92, a été limitée presque immédiatement après par l'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi relatif à l'Adoption Act et à d'autres lois*[20]. Le juge en chef Duff a décidé que la compétence des cours inférieures n'était pas [TRADUCTION] «fixée définitivement dans l'état où elle se trouvait le jour de la Confédération». A son avis, il était bien possible de retirer à une cour supérieure un domaine de compétence et de l'attribuer à une cour de juridiction sommaire. Il fallait répondre à la question de savoir si [TRADUCTION] «la compétence attribuée aux magistrats en vertu de ces lois correspond en gros à la compétence généralement exercée par les cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence des cours établies en vertu de l'art. 96». Dans le *Renvoi sur l'Adoption Act*, le juge en chef Duff a examiné l'histoire de la pratique en Angleterre et a conclu que la compétence attribuée aux magistrats en vertu de la loi soumise à la Cour dans le *Renvoi* était analogue à la compétence attribuée en vertu

[19] [1938] A.C. 415.
[20] [1938] R.C.S. 398.

than to Superior Courts. On this basis, the legislation was upheld. The *Adoption Reference* represented a liberalization of the view of s. 96 adopted by the Privy Council in *Toronto v. York*, at least in the context of a transfer of jurisdiction from a Superior Court to an inferior Court.

The same process of liberalization, this time in the context of a transfer of jurisdiction from a Superior Court to an administrative tribunal, was initiated by the Privy Council in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Limited*[21]. Lord Simonds proposed a two-fold test. The first limb of the test is to ask whether the board or tribunal exercises "judicial power". Lord Simonds did not propose a 'final' answer to the definition of "judicial power", but he suggested that,

> ... the conception of the judicial function is inseparably bound up with the idea of a suit between parties, whether between Crown and subject or between subject and subject, and that it is the duty of the court to decide the issue between those parties, with whom alone it rests to initiate or defend or compromise the proceedings. [p. 149]

If the answer to the initial question as to "judicial power" is in the negative, then that concludes the matter in favour of the provincial board. If, however, the power is in fact a judicial power, then it becomes necessary to ask a second question: in the exercise of that power, is the tribunal analogous to a superior, district or county court?

This formulation represented a subtle modification of the test proposed by Duff C.J. in the *Adoption Reference*. Duff C.J. had suggested it was necessary to determine whether the impugned jurisdiction was more analogous to a summary type of jurisdiction exercised at the time of Confederation rather than to a jurisdiction traditionally exercised by s. 96 courts. The formulation of Duff C.J. froze the provincial jurisdiction to that of summary courts. Lord Simonds in *John East*

[21] [1949] A.C. 134.

des *Poor Laws* anglaises, une compétence qui appartenait aux cours de juridiction sommaire plutôt qu'aux cours supérieures. Pour ce motif, la loi a été confirmée. Le *Renvoi sur l'Adoption Act* représente une libéralisation de l'opinion du Conseil privé sur l'art. 96, adoptée dans l'arrêt *Toronto v. York*, au moins dans le contexte d'un transfert de juridiction d'une cour supérieure à une cour inférieure.

Le même processus de libéralisation, cette fois dans le contexte d'un transfert de compétence d'une cour supérieure à un tribunal administratif, a été mis en branle par le Conseil privé dans l'arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Limited*[21]. Lord Simonds a proposé un critère à deux facettes. Le premier membre de ce critère consiste à se demander si la commission ou le tribunal exerce «un pouvoir judiciaire». Lord Simonds n'a pas proposé de définition «définitive» du «pouvoir judiciaire», mais il a exprimé l'avis que

> [TRADUCTION] ... la fonction judiciaire est intrinsèquement liée à l'idée de poursuites entre des parties, que ce soit entre Sa Majesté et un sujet ou entre des particuliers, et il appartient à la Cour de trancher le litige entre ces parties, qui seules peuvent intenter des poursuites, y défendre ou les régler à l'amiable. [à la p. 149]

Si la réponse à la question initiale concernant le «pouvoir judiciaire» est négative, cela règle la question en faveur de l'organisme provincial. Par contre, si le pouvoir exercé est de fait un pouvoir judiciaire, il est alors nécessaire de poser une deuxième question: dans l'exercice de ce pouvoir, le tribunal est-il analogue à une cour supérieure, de district ou de comté?

Cette formulation modifie légèrement le critère que propose le juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l'Adoption Act*. Le juge en chef Duff estimait nécessaire de décider si la compétence attaquée s'apparentait plus à une compétence de type sommaire exercée à l'époque de la Confédération qu'à une compétence exercée à l'époque de la Confédération qu'à une compétence exercée traditionnellement par les tribunaux établis en vertu de l'art. 96. La formulation du juge en chef Duff figeait la

[21] [1949) A.C. 134.

suggested that it was not absolutely necessary to consider whether there was a true analogy between the impugned jurisdiction and the jurisdiction of summary courts; it would be sufficient, for constitutional purposes, to establish that the power or jurisdiction was not one traditionally falling within s. 96. Lord Simonds makes this clear in the following passage:

> At this stage their Lordships reach the conclusion that the jurisdiction exercisable by the board is not such as to constitute it a court within s. 96 of the British North America Act. They do not think it necessary to consider whether it is a jurisdiction more nearly analogous to that exercised at the time of confederation by justices of the peace—a matter to which much argument was directed—nor would they pursue the comparison with the jurisdiction of the Workmen's Compensation Board, which was also pressed on them by counsel. It is sufficient to say that it is not, in their opinion, analogous to that of a superior, district or county court. [p.152]

In *John East*, the Privy Council did not find it necessary to give any final answer to the initial question, namely, whether the power in issue was 'judicial'. The case was resolved solely on the ground that, in exercising the power, the tribunal was not analogous to a superior, county or district court.

It is apparent that *John East* represented a break with the line of jurisprudence developed in *Toronto v. York*. The approach of *Toronto v. York*, in which the sole issue was whether the tribunal was being clothed with a s. 96 'judicial power', had been effectively, though not expressly, repudiated.

In *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia) et al.*[22], the issue was the validity of the Nova Scotia Labour Relations Board's authority to issue a "cease and desist" order. It was argued that this jurisdiction was analogous to the jurisdiction of s. 96 courts to issue mandatory injunctions to halt illegal activity. The Chief Justice, speaking for eight members of the Court, held that this

[22] [1977] 1 S.C.R. 112.

compétence provinciale à celle des cours de juridiction sommaire. Dans l'arrêt *John East*, lord Simonds a estimé qu'il n'était pas absolument nécessaire de se demander s'il y avait une véritable analogie entre la compétence attaquée et la compétence des cours de juridiction sommaire; il suffirait, pour des fins constitutionnelles, d'établir que le pouvoir ou la compétence ne relèvent pas traditionnellement de l'art. 96. C'est ce que lord Simonds dit clairement dans le passage suivant:

> [TRADUCTION] A ce stade-ci, leurs Seigneuries en viennent à la conclusion que la compétence que peut exercer la commission n'en fait pas un tribunal visé à l'art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Elles n'estiment pas nécessaire d'examiner si c'est une compétence qui s'apparente plus à celle qu'exerçaient les juges de paix à l'époque de la confédération—une question longuement débattue—et elles ne font pas de comparaison avec la compétence de la Commission des accidents du travail, comme l'ont demandé les avocats. Il suffit de dire qu'à leur avis, elle n'est pas assimilable à la compétence d'une cour supérieure, de district ou de comté. [à la p. 152]

Dans l'arrêt *John East*, le Conseil privé n'a pas jugé nécessaire de donner une réponse définitive à la question initiale de savoir si le pouvoir en question était «judiciaire». On a tranché ce litige sur le seul motif que, lorsqu'il exerçait ce pouvoir, le tribunal n'était pas assimilable à une cour supérieure, de district ou de comté.

Il est évident que l'arrêt *John East* a rompu avec la jurisprudence établie dans l'arrêt *Toronto v. York*. La méthode utilisée dans l'arrêt *Toronto v. York*, où la seule question en litige était de savoir si le tribunal était revêtu d'un «pouvoir judiciaire» relevant de l'art. 96, a été véritablement, quoique implicitement, repoussée.

Dans l'affaire *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse) et autres*[22], la question en litige portait sur la validité du pouvoir de la Commission des relations de travail de la Nouvelle-Écosse de délivrer un ordre «de ne pas faire». On a allégué que cette compétence était analogue à celle des tribunaux établis en vertu de l'art. 96 de délivrer des injonctions pour faire cesser une acti-

[22] [1977] 1 R.C.S. 112.

consideration was not conclusive, since " ... it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears and is exercisable under the provincial legislation". A consideration of the 'institutional setting' indicated that the power to make cease and desist orders was merely one aspect of a broad legislative scheme for the peaceful regulation of collective bargaining, an area which the courts had not entered. Thus, the Labour Board had been validly clothed with the power impugned.

The recent decision of this Court, *The Corporation of the City of Mississauga v. The Regional Municipality of Peel et al.*[23], is, in the words of the Chief Justice in that case, " ... a prime illustration of the proposition laid down in *Tomko*". In *Mississauga*, the Ontario Municipal Board had been given certain powers to resolve disputes over assets between amalgamating municipalities. Noting that *Toronto v. York* must be viewed with 'considerable qualification', it was stated that the power to adjudicate was merely one " ... incident ... in the over-all picture of the general restructuring of the municipalities in which the Municipal Board is given an important part to play ... ". Viewed in their "institutional setting, the 'judicial powers' to determine rights and liabilities under provincial legislation had been validly granted to the Municipal Board".

I do not think it can be doubted that the courts have applied an increasingly broad test of constitutional validity in upholding the establishment of administrative tribunals within provincial jurisdiction. In general terms it may be said that it is now open to the provinces to invest administrative bodies with 'judicial functions' as part of a broader policy scheme. There will still be situations, however, as in *Attorney General of Quebec et al. v. Farrah*[24], where a s. 96 'judicial function' is isolated from the rest of the administrative structure of

[23] [1979] 2 S.C.R. 244.
[24] [1978] 2 S.C.R. 638.

vité illégale. Au nom de huit des membres de la Cour, le Juge en chef a conclu que cet argument n'était pas décisif, puisqu'«il ne faut pas considérer la juridiction dans l'abstrait ou les pouvoirs en dehors du contexte, mais plutôt la façon dont ils s'imbriquent dans l'ensemble des institutions où ils se situent et s'exercent en vertu de la loi provinciale». L'examen du «cadre institutionnel» a indiqué que le pouvoir d'établir des ordres de ne pas faire n'était qu'un aspect d'un grand ensemble législatif visant à régler pacifiquement la négociation collective, un domaine que les cours ne touchaient pas. Ainsi, la Commission a été validement revêtue du pouvoir attaqué.

L'arrêt récent de cette Cour *La ville de Mississauga c. La municipalité régionale de Peel et autres*[23], suivant les mots du Juge en chef dans cet arrêt, « ... illustre très bien la proposition formulée dans *Tomko*». Dans l'affaire *Mississauga*, la Commission municipale de l'Ontario a reçu certains pouvoirs de résoudre les conflits relatifs à la répartition des actifs entre les municipalités fusionnées. Soulignant que la portée de l'arrêt *Toronto v. York* est «considérablement restreinte», on a affirmé que le pouvoir de trancher ces litiges est purement «accessoire dans le cadre global de la restructuration générale des municipalités qui confie à la Commission municipale un rôle important ... ». Si l'on considère [TRADUCTION] «leur cadre institutionnel, les «pouvoirs judiciaires» de préciser les droits et les obligations en vertu de la loi provinciale ont été validement conférés à la Commission municipale».

Je ne crois pas qu'on puisse douter que les cours ont appliqué un critère de validité constitutionnelle de plus en plus large quand elles ont confirmé que l'établissement de tribunaux administratifs est de juridiction provinciale. En général, on peut dire que les provinces peuvent maintenant conférer des «fonctions judiciaires» à des organismes administratifs dans le cadre d'un système plus large. Cependant, il y aura encore des cas où, comme dans *Le procureur général du Québec et autre c. Farrah*[24], une «fonction judiciaire» relevant de

[23] [1979] 2 R.C.S. 244.
[24] [1978] 2 R.C.S. 638.

the relevant legislation. In *Farrah*, a Transport Tribunal was given appellate jurisdiction over the Quebec Transport Commission. The Tribunal performed no function other than deciding questions of law. Since this function was normally performed by s. 96 courts and divorced from the broader institutional framework of the Act, the impugned sections were held to be unconstitutional. Subject to this type of situation, s. 96 can no longer be construed as a bar to a province seeking to vest an administrative tribunal with ancillary 'judicial' powers formerly exercised by s. 96 courts.

The teaching of *John East, Tomko,* and *Mississauga* is that one must look to the 'institutional setting' in order to determine whether a particular power or jurisdiction can validly be conferred on a provincial body. But these cases are merely the starting point, rather than the conclusion, of the inquiry in the present case. As the British Columbia Court of Appeal noted in its consideration of s. 96 in *Re Pepita and Doukas*[25], at p. 582.

> ... it is notable that no general tests are offered or established in the *Tomko* judgment for the characterization of the function, the characterization of the institutional arrangements, and the examination of their interrelationship. Instead the judgment continues with a consideration of the particular function in its context ....

The Privy Council in *John East* suggested that the application of s. 96 required a determination as to whether or not the powers being exercised were judicial or administrative and if judicial, whether or not the administrative body was "broadly analogous" to a Superior, District or County Court. *Tomko* added a further dimension. An administrative tribunal may be clothed with power formerly exercised by s. 96 courts, so long as that power is merely an adjunct of, or ancillary to, a broader administrative or regulatory structure. If, however, the impugned power forms a dominant aspect of the function of the tribunal, such that the tribunal

[25] (1979), 101 D.L.R. (3d) 577.

l'art. 96 est isolée du reste de la structure administrative de la loi pertinente. Dans l'affaire *Farrah*, on avait donné à un tribunal des transports une juridiction d'appel sur les décisions de la Commission des transports du Québec. Le tribunal avait pour seule fonction de trancher des questions de droit. Comme cette fonction était habituellement remplie par les tribunaux visés à l'art. 96 et qu'elle était complètement séparée du cadre institutionnel de la Loi, les articles attaqués ont été déclarés inconstitutionnels. Mis à part les cas de ce genre, on ne peut plus soutenir que l'art. 96 empêche une province de conférer à un tribunal administratif les pouvoirs «judiciaires» accessoires qu'exerçaient auparavant les tribunaux établis à l'art. 96.

Les arrêts *John East*, *Tomko* et *Mississauga* nous enseignent qu'il faut examiner «le cadre institutionnel» afin de décider si une compétence ou un pouvoir précis peuvent être valablement attribués à un organisme provincial. Mais ces arrêts ne sont que le point de départ et non la conclusion, de l'enquête en l'espèce. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a souligné à propos de l'art. 96 dans l'arrêt *Re Pepita and Doukas*[25], à la p. 582.

> [TRADUCTION] ... on constate que l'arrêt *Tomko* n'offre ni ne crée de critères généraux qui caractérisent la fonction, qui caractérisent les agencements institutionnels et qui guident l'examen des rapports qu'ils ont entre eux. L'arrêt s'attache plutôt à l'examen de la fonction donnée dans son contexte ...

Dans l'arrêt *John East*, le Conseil privé a exprimé l'avis que l'application de l'art. 96 exigeait une réponse à la question de savoir si les pouvoirs exercés étaient judiciaires ou administratifs et, s'ils étaient judiciaires, si l'organisme administratif était analogue à une cour supérieure, de district ou de comté. L'arrêt *Tomko* a ajouté une autre dimension. Un tribunal administratif peut exercer un pouvoir réservé auparavant aux cours visées à l'art. 96 pourvu que ce pouvoir ne soit qu'un complément ou un accessoire à un organisme administratif ou de réglementation plus vaste. Cependant, si le pouvoir attaqué constitue un

[25] (1979), 101 D.L.R. (3d) 577.

itself must be considered to be acting 'like a court', then the conferral of the power is *ultra vires*.

The jurisprudence since *John East* leads one to conclude that the test must now be formulated in three steps. The first involves consideration, in the light of the historical conditions existing in 1867, of the particular power or jurisdiction conferred upon the tribunal. The question here is whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation. This temporary segregation, or isolation, of the impugned power is not for the purpose of turning back the clock and restoring *Toronto v. York* as the governing authority, an approach deplored in *Mississauga*. It is rather the first step in a three step process.

If the historical inquiry leads to the conclusion that the power or jurisdiction is not broadly conformable to jurisdiction formerly exercised by s. 96 courts, that is the end of the matter. As Rand J. noted in *Dupont et al. v. Inglis et al.*[26], "Judicial power not of that type, [*i.e.* that exercised by s. 96 courts at Confederation] such as that exercised by inferior courts, can be conferred on a provincial tribunal whatever its primary character" (p. 542). If, however, the historical evidence indicates that the impugned power is identical or analogous to a power exercised by s. 96 courts at Confederation, then one must proceed to the second step of the inquiry.

Step two involves consideration of the function within its institutional setting to determine whether the function itself is different when viewed in that setting. In particular, can the function still be considered to be a 'judicial' function? In addressing the issue, it is important to keep in mind the further statement by Rand J. in *Dupont v. Inglis* that " ... it is the subject-matter rather than the

[26] [1958] S.C.R. 535.

aspect dominant de la fonction du tribunal de sorte qu'il faille considérer que ce tribunal agit «comme une cour», alors l'attribution de ce pouvoir est *ultra vires*.

Depuis l'arrêt *John East*, la jurisprudence nous amène à conclure que le critère doit maintenant être formulé en trois étapes. La première porte sur l'examen dans le contexte des conditions qui prévalaient en 1867, de la compétence ou du pouvoir particuliers attribués au tribunal. Il s'agit ici de savoir si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération. Cette distinction ou cet isolement dans le temps du pouvoir attaqué n'a pas pour objet de faire un retour en arrière et d'appliquer l'arrêt *Toronto v. York*; l'arrêt *Mississauga* a rejeté cette façon de procéder. Il s'agit plutôt de la première étape d'un processus qui en compte trois.

Si la recherche historique mène à la conclusion que le pouvoir ou la compétence ne correspondent pas à la compétence qu'exerçaient auparavant les cours visées à l'art. 96, la question s'en trouve réglée. Comme l'a souligné le juge Rand dans l'arrêt *Dupont et autre c. Inglis et autres*[26]. [TRADUCTION] «Un pouvoir judiciaire autre que celui-là, [c.-à-d. celui qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 à la Confédération] comme par exemple celui qu'exercent les tribunaux inférieurs, peut être attribué à un tribunal provincial quel que soit son caractère premier» (à la p. 542). Si, cependant, l'histoire indique que le pouvoir attaqué est identique ou analogue à un pouvoir que les cours visées à l'art. 96 exerçaient au moment de la Confédération, il faut alors passer à la deuxième étape de l'enquête.

La deuxième étape porte sur l'examen de la fonction dans son cadre institutionnel pour établir si la fonction elle-même est différente lorsqu'elle est envisagée dans ce cadre. En particulier, la fonction peut-elle encore être considérée comme une fonction «judiciaire»? Face à cette question il importe de se rappeler une autre déclaration du juge Rand dans l'arrêt *Dupont c. Inglis* portant

[26] [1958] R.C.S. 535.

apparatus of adjudication that is determinative". Thus the question of whether any particular function is 'judicial' is not to be determined simply on the basis of procedural trappings. The primary issue is the nature of the question which the tribunal is called upon to decide. Where the tribunal is faced with a private dispute between parties, and is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality, then, normally, it is acting in a 'judicial capacity'. To borrow the terminology of Professor Ronald Dworkin, the judicial task involves questions of 'principle', that is, consideration of the competing rights of individuals or groups. This can be contrasted with questions of 'policy' involving competing views of the collective good of the community as a whole. (See Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1977) pp. 82-90.)

If, after examining the institutional context, it becomes apparent that the power is not being exercised as a "judicial power" then the inquiry need go no further for the power, within its institutional context, no longer conforms to a power or jurisdiction exercisable by a s. 96 court and the provincial scheme is valid. On the other hand, if the power or jurisdiction is exercised in a judicial manner, then it becomes necessary to proceed to the third and final step in the analysis and review the tribunal's function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context. The phrase—'it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears'—is the central core of the judgment in *Tomko*. It is no longer sufficient simply to examine the particular power or function of a tribunal and ask whether this power or function was once exercised by s. 96 courts. This would be examining the power or function in a 'detached' manner, contrary to the reasoning in *Tomko*. What must be considered is the 'context' in which this power is exercised. *Tomko* leads to the following result: it is possible for administrative tribunals to exercise powers and jurisdiction which once were exercised by the s. 96

que [TRADUCTION] « ... ce qui est déterminant c'est l'objet de la décision plutôt que le mode d'adjudication». Ainsi, on ne peut répondre à la question de savoir si une fonction donnée est «judiciaire» en se fondant uniquement sur les façades de la procédure. Il faut d'abord établir la nature de la question que le tribunal doit trancher. Lorsque le tribunal fait face à un litige privé entre des parties et qu'il est appelé à décider en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité, il agit alors normalement en qualité d'«organisme judiciaire». Pour emprunter les termes du professeur Ronald Dworkin, la fonction judiciaire soulève des questions de «principe», c'est-à-dire l'examen des droits opposés de personnes ou de groupes de personnes. On peut les mettre en opposition avec les questions de «politique» qui soulèvent des opinions divergeantes quant au bien-être de l'ensemble de la collectivité. (Voir l'ouvrage de Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Duckworth, 1977) aux pp. 82 à 90.)

Si, après avoir examiné le contexte institutionnel, il devient évident que le pouvoir n'est pas exercé comme un «pouvoir judiciaire», alors on n'a pas à poursuivre l'enquête, puisque le pouvoir, dans son contexte institutionnel, ne correspond plus à un pouvoir ou à une compétence qui peuvent être exercés par un tribunal visé à l'art. 96 et l'initiative provinciale est valide. D'autre part, si le pouvoir ou la compétence s'exercent d'une manière judiciaire, il devient alors nécessaire de passer à la troisième et dernière étape de l'analyse et d'examiner la fonction globale du tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée. La proposition «il ne faut pas considérer la juridiction dans l'abstrait ou les pouvoirs en dehors du contexte, mais plutôt la façon dont ils s'imbriquent dans l'ensemble des institutions où ils se situent» est le point essentiel de l'arrêt *Tomko*. Il ne suffit plus simplement d'examiner le pouvoir ou la fonction précise d'un tribunal et de se demander si ce pouvoir ou cette fonction a déjà été exercé par un tribunal visé à l'art. 96. Ce serait examiner le pouvoir ou la fonction «dans l'abstrait», contrairement au raisonnement de l'arrêt *Tomko*. C'est le contexte dans lequel le pouvoir s'exerce qu'il faut considérer. L'arrêt *Tomko* nous mène au résultat suivant: les tribunaux administra-

courts. It will all depend on the context of the exercise of the power. It may be that the impugned 'judicial powers' are merely subsidiary or ancillary to general administrative functions assigned to the tribunal (*John East; Tomko*) or the powers may be necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature (*Mississauga*). In such a situation, the grant of judicial power to provincial appointees is valid. The scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal (*Farrah*) so that the tribunal can be said to be operating 'like a s. 96 court'.

The matter was well expressed in the Ontario Court of Appeal:

> Where judicial powers are conferred by a provincial Legislature on a provincially constituted and appointed tribunal, the fact that the tribunal may not be curial in its essential functions but rather an administrative tribunal entrusted with the making of decisions that are primarily of an administrative nature will not, of itself, insulate the judicial powers from a finding that the legislation conferring them is, to that extent, invalid. Whether such a finding may be escaped will tend to depend on whether the judicial powers are seen to be merely incidents of, or adjuncts to, a scheme for the administration of a matter that is otherwise within provincial legislative competence, albeit that as incidents of or adjuncts to the scheme they may be necessary for its effective functioning . . . .

V

Step one, the historical inquiry. The Residential Tenancy Commission is given a broad range of powers under the Act: in this reference, as I have noted, we are concerned with only two, power to make an eviction order and power to make a 'compliance' order. These powers recur constantly throughout the Act; there are nineteen separate provisions which empower the Commission to make an eviction order and seventeen separate provisions empowering the Commission to make a compliance order. Illustrations of the former are found in s. 36(2)(*c*) (eviction for non-payment of rent); s. 38(3)(*d*) (eviction for interference with

tifs peuvent exercer les pouvoirs et la compétence que les tribunaux visés à l'art. 96 ont déjà exercés. Tout dépendra du contexte dans lequel le pouvoir est exercé. Les «pouvoirs judiciaires» attaqués peuvent être simplement complémentaires ou accessoires aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal (les arrêts *John East* et *Tomko*), ou ils peuvent être nécessairement inséparables de la réalisation des objectifs plus larges de la législature (l'arrêt *Mississauga*). Dans ce cas, l'attribution d'un pouvoir judiciaire à des organismes provinciaux est valide. La loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger (l'arrêt *Farrah*) et qu'on puisse dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l'art. 96».

La Cour d'appel de l'Ontario a bien exposé la question:

> [TRADUCTION] Lorsque la législature provinciale attribue des pouvoirs judiciaires à un tribunal créé par la province et dont les membres sont nommés par la province, le fait que le tribunal n'ait pas pour fonctions essentielles d'ordonner des redressements, mais qu'il soit plutôt un tribunal administratif chargé de prendre des décisions qui sont d'abord d'une nature administrative n'empêchera pas en soi de conclure que la loi qui confère ces pouvoirs est, dans cette mesure, invalide. La possibilité d'éviter cette conclusion pourra dépendre de ce que les pouvoirs judiciaires sont considérés comme de simples compléments ou accessoires d'un organisme chargé de la gestion d'une affaire elle-même de compétence provinciale, bien que tout en étant compléments ou accessoires de l'organisme, ils puissent être nécessaires à sa bonne démarche . . . .

V

Première étape, la recherche historique. La Loi accorde à la Commission du logement une gamme étendue de pouvoirs; le présent renvoi, comme je l'ai indiqué, ne porte que sur deux de ces pouvoirs: le pouvoir d'évincer un locataire et le pouvoir d'exiger l'obéissance à la Loi. Ces pouvoirs reviennent constamment dans la Loi; dix-neuf dispositions distinctes autorisent la Commission à ordonner l'éviction et dix-sept dispositions distinctes autorisent la Commission à ordonner de se conformer à la Loi. On trouve des exemples du pouvoir d'ordonner l'éviction à l'al. 36(2)*c*) (éviction pour défaut de paiement du loyer), à l'al. 38(3)*d*) (évic-

safety or enjoyment of landlord or other tenants); s. 41(2)(*c*) (eviction for carrying on of illegal activity); and s. 51(1) (eviction where landlord requires premises for own use or for sale). Illustrations of the latter power are found in s. 28(4)(*a*) (landlord may be ordered to comply with obligation to repair); s. 29(2)(*a*) (obligation to supply vital services); s. 37(2)(*a*) (tenant to repair damage wilfully or negligently caused by him). In contrast, the impugned power in *Tomko* to issue "cease and desist" orders was found in one subs., 49(2), forming part of a legislative scheme of some 103 sections.

Section 84(1) of *The Residential Tenancies Act*, subject to certain exceptions, gives the Commission "exclusive jurisdiction to examine into, hear and determine all matters and questions arising under this Act and as to any matter or thing in respect of which any power, authority or discretion is conferred upon the Commission". Section 116(1) permits the filing of a Commission order evicting a tenant in the County or District Court and states that such order once filed: "has the same force and effect and all proceedings may be taken on it, as if it were an order of that court, and the clerk of the court shall issue a writ of possession".

The Ontario Court of Appeal held that the power to order eviction was analogous to the traditional power of the courts to order the ejectment of a tenant, while the power to order compliance was analogous to the power of the courts to award damages or specific performance or to grant injunctive relief. This finding was not challenged on the hearing of this appeal. The Attorney General for Ontario conceded that the powers given to the Residential Tenancy Commission " ... are not merely analogous to those [pre-1867] powers but are the same powers".

tion pour avoir porté atteinte à la sécurité ou à la jouissance paisible du propriétaire ou d'autres locataires); à l'al. 41(2)*c*) (éviction en cas de poursuite d'une activité illicite), et au par. 51(1) (éviction lorsque le propriétaire veut occuper lui-même les lieux loués ou les vendre). On trouve des exemples du pouvoir d'ordonner de se conformer à la Loi à l'al. 28(4)*a*) (propriétaire enjoint de se conformer à l'obligation de faire des réparations); à l'al. 29(2)*a*) (obligation d'assurer les services essentiels) et à l'al. 37(2)*a*) (locataire enjoint de réparer le dommage qu'il a causé volontairement ou par négligence). Dans l'arrêt *Tomko* par contre, seul le par. 49(2) parmi les quelque 103 articles du texte de loi mentionnait le pouvoir, qui était contesté de délivrer un ordre «de ne pas faire».

Sous réserve de certaines exceptions, le par. 84(1) de la *Loi sur la location résidentielle* attribue à la Commission [TRADUCTION] «la compétence exclusive d'examiner, d'entendre et de trancher tout litige et toute question que soulève l'application de la présente loi et compétence exclusive sur toute question à l'égard de laquelle elle a reçu un pouvoir ou sur laquelle elle possède un pouvoir discrétionnaire». Le paragraphe 116(1) permet de déposer à la Cour de comté ou de district une ordonnance d'éviction d'un locataire qu'a délivrée la Commission et, à compter de son dépôt, cette ordonnance [TRADUCTION] «a la même force et le même effet que s'il s'agissait d'une ordonnance émanant de cette cour et toutes les procédures y faisant suite peuvent dès lors être engagées en conséquence et le greffier de la cour doit délivrer un bref de possession».

La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le pouvoir d'ordonner l'éviction est analogue au pouvoir traditionnel des cours d'ordonner l'expulsion d'un locataire, alors que le pouvoir d'obliger une personne à se conformer à la Loi est analogue au pouvoir qu'ont les cours d'accorder des dommages-intérêts, d'ordonner l'exécution d'une obligation ou d'accorder une injonction. Cette conclusion n'a pas été mise en doute à l'audition du présent pourvoi. Le procureur général de l'Ontario a admis que les pouvoirs conférés à la Commission du logement [TRADUCTION] «ne sont pas seulement analogues à ces pouvoirs (d'avant 1867) mais sont les mêmes».

We start therefore with the proposition that the power to order eviction in the 1979 Act is broadly conformable to pre-1867 jurisdiction in ejectment, and the power to order compliance is broadly conformable to the pre-1867 jurisdiction to award damages or specific performance. It is true that the Tenancy Commission ordering an eviction in 1981 would look to different considerations than a court ordering an ejectment in 1867, the rules surrounding the granting of these remedies having altered somewhat since 1867, but mere alteration in rules cannot change the substance of things or prevent the drawing of analogies. In an ejectment in 1867 a landlord was asserting a right of re-entry to his property and was seeking the removal of a tenant from his land. These remain the essentials of an eviction application by a landlord in 1981. Similarly, a landlord seeking an injunction against a tenant in pre-Confederation times is in substantially the same position as a modern landlord seeking compliance under the Act.

The question whether the powers or jurisdiction conferred by the statute are analogous to, in broad conformity with, the kind of powers or jurisdiction historically exercised by the superior, county or district courts admits of only one answer—yes.

It is clear, as appears from the judgment of the Court of Appeal, that prior to 1867 in Upper Canada the only tribunals which could make ejectment orders were the Court of Queen's Bench, the Court of Common Pleas, and the County Court in limited situations, and that only the Court of Chancery could make orders of specific performance or issue mandatory or prohibitory injunction orders. The settlement of disputes between landlords and tenants, including the termination of tenancies and eviction of tenants, has thus always been within the exclusive jurisdiction of the Superior, District and County Court judges both before and after Confederation.

The Attorney General advances two submissions for the purpose of refuting this conclusion:

Nous partons donc avec l'hypothèse que le pouvoir d'ordonner l'éviction prévu à la Loi de 1979 est de façon générale assimilable à la compétence exercée avant 1867 en matière d'expulsion, et que le pouvoir d'ordonner de se conformer à la Loi est de façon générale assimilable au pouvoir exercé avant 1867 d'accorder des dommages-intérêts et d'ordonner l'exécution d'une obligation. Il est vrai qu'en ordonnant une éviction en 1981, la Commission du logement ne procéderait pas de la même façon qu'une cour ordonnant une expulsion en 1867, puisque les règles relatives à ces recours ont changé quelque peu depuis 1867, mais une simple modification aux règles ne peut changer la nature du recours ni empêcher de faire des comparaisons. Dans une action en expulsion, en 1867, un propriétaire revendiquait le droit de reprendre possession de sa propriété et cherchait à faire expulser un locataire. Ce sont là les éléments essentiels de la demande d'éviction que fait un propriétaire en 1981. De même, un propriétaire qui cherchait à obtenir une injonction contre un locataire avant la Confédération était essentiellement dans la même position qu'un propriétaire qui cherche aujourd'hui à forcer le locataire à se conformer à la Loi.

On ne peut que répondre affirmativement à la question de savoir si les pouvoirs et la compétence qu'accorde le texte de loi sont analogues, et de façon générale assimilables aux pouvoirs et à la compétence qu'exerçaient auparavant les cours supérieures, de comté ou de district.

Il est évident, comme l'indique l'arrêt de la Cour d'appel, qu'au Haut-Canada avant 1867, seules la Cour du Banc de la Reine, la Cour des plaids communs (Court of Common Pleas) et la Cour de comté dans certains cas restreints pouvaient ordonner l'expulsion, et que seule la *Court of Chancery* pouvait ordonner l'exécution d'une obligation ou délivrer des ordonnances de faire ou de ne pas faire. Tant avant qu'après la Confédération, les cours supérieures, de comté ou de district ont donc toujours exercé une compétence exclusive sur le règlement des litiges entre propriétaires et locataires, y compris la résiliation des baux et l'éviction des locataires.

Le procureur général soulève deux moyens pour réfuter cette conclusion:

1. The power to order eviction of overholding tenants was conferred on County Court judges as *persona designata*, outside the structure of the Superior or County Courts. Thus this power was recognized as not exclusively a power of the Superior, District or County Courts within the intendment of section 96. By analogy, the power to make orders of compliance is not a power exclusively within the jurisdiction of such Superior, District or County Courts.

2. Even if jurisdiction over landlord and tenant matters was exercised by s. 96 courts in 1867, the jurisdiction conferred on the Residential Tenancy Commission is analogous to "a type of jurisdiction generally exerciseable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of section 96".

The Attorney General offers a number of authorities in support of his first submission, including two decisions of this Court, which establish, it is argued, that the jurisdiction of county judges with respect to overholding tenants was exercised as *persona designata*. The first case cited, *Pong v. Quong and Chong*[27], does not really assist appellant. In *Pong* a County Court judge acting under the Overholding Tenants legislation had dealt with a number of collateral matters as to the relationship between two tenants. On appeal, the Court noted that, "It is perfectly manifest that he [the County Judge] had no jurisdiction to do so—no jurisdiction subject to appeal; that he could entertain such collateral matter only either as *persona designata* or as arbitrator". From the context it is clear that this comment was directed to the judge's possible status as a *persona designata* by the consent of the parties and not under *The Landlord and Tenant Act*.

In the more recent case of *Pajelle Investments Limited v. Herbold and Herbold*[28], this Court was concerned with the interpretation of *The Landlord and Tenant Act*, R.S.O. 1970, c. 236, and the powers of a judge under that Act. Mr. Justice Spence, opening his judgment, and without elabo-

[27] [1927] S.C.R. 271.
[28] [1976] 2 S.C.R. 520.

[TRADUCTION]
1. Le pouvoir d'ordonner l'éviction des locataires récalcitrants était accordé aux juges de la Cour de comté à titre de *persona designata* qui n'agissaient pas à titre de juges d'une cour supérieure ou de comté. Ainsi ce pouvoir était reconnu comme n'étant pas exclusif aux cours supérieures, de district ou de comté au sens de l'art. 96. Par analogie, le pouvoir d'ordonner de se conformer à la Loi ne relève pas exclusivement de la compétence de ces cours supérieures, de district ou de comté.

2. Même si la compétence sur les matières relatives aux propriétaires et aux locataires était exercée en 1867 par les cours visées à l'art. 96, la compétence attribuée à la Commission du logement est analogue «à la compétence généralement exercée par les cours de juridiction sommaire plutôt qu'à la compétence des cours établies en vertu de l'art. 96».

Le procureur général invoque plusieurs autorités à l'appui de son premier moyen, y compris deux arrêts de cette Cour qui établissent, selon lui, que les juges des cours de comté exerçaient à titre de *persona designata* une compétence à l'égard des locataires récalcitrants. Le premier arrêt cité, *Pong c. Quong et Chong*[27], n'aide pas vraiment l'appelant. Dans l'affaire *Pong*, un juge de la Cour de comté agissant en vertu d'une loi sur les locataires récalcitrants avait examiné plusieurs questions subsidiaires touchant les rapports entre deux locataires. En appel, la Cour a souligné que [TRADUCTION] «Il est parfaitement évident qu'il [le juge de comté] n'avait pas compétence pour le faire—il n'exerçait pas alors une compétence susceptible d'appel; qu'il ne pouvait examiner une question subsidiaire qu'à titre de *persona designata* ou d'arbitre». Dans ce contexte, il est évident que cette remarque visait le statut possible du juge agissant à titre de *persona designata* du consentement des parties et non en vertu de *The Landlord and Tenant Act*.

Dans l'affaire plus récente *Pajelle Investments Limited c. Herbold et Herbold*[28], cette Cour était appelée à interpréter *The Landlord and Tenant Act*, R.S.O. 1970, chap. 236, ainsi que les pouvoirs d'un juge en vertu de cette loi. Dès les premiers mots de ses motifs, le juge Spence dit sans autre

[27] [1927] R.S.C. 271.
[28] [1976] 2 R.C.S. 520.

ration, said "The matter came on for hearing before His Honour Judge MacRae acting as a *persona designata* under the provisions of *The Landlord and Tenant Act*". A passing reference of this nature cannot be considered to be conclusive, particularly in light of the recent extensive consideration of the concept of *persona designata* by this Court, in a case in which *persona designata* was directly in issue, *Herman et al. v. Deputy Attorney General of Canada*[29]. In *Herman*, the issue was whether a Superior Court judge acting under s. 232 of the *Income Tax Act* 1970-71-72 (Can.), c. 63, did so *qua* judge or as '*persona designata*'. Noting that the concept of *persona designata* is "little better than a trap for the unwary" and that there is a need for a "greater element of certainty in the application of the notion of *persona designata*" the Court laid down the following general proposition:

> *Prima facie*, Parliament should be taken to intend a judge to act *qua* judge whenever by statute it grants powers to a judge. He who alleges that a judge is acting in the special capacity of *persona designata* must find in the specific legislation provisions which clearly evidence a contrary intention on the part of Parliament. The test to be applied in considering whether such a contrary intention appears in the relevant statute can be cast in the form of a question: is the judge exercising a peculiar, and distinct, and exceptional jurisdiction, separate from and unrelated to the tasks which he performs from day-to-day as a judge, and having nothing in common with the court of which he is a member?

Applying this test, the Court in *Herman* held that a Superior Court judge deciding a question of solicitor-client privilege under the *Income Tax Act* did so *qua* judge and not as *persona designata*.

The Court of Appeal in the instant case applied the test in *Herman*, concluding that the County Court judges were acting *qua* judge under the overholding tenants provisions. The Court was fortified by the fact that the concept of *persona designata* as applied to judicial powers was not coined until 1849, in *Ross v. The York, Newcastle*

[29] [1979] 1 S.C.R. 729.

explication: «L'affaire a été entendue par le juge MacRae, agissant à titre de *persona designata* en vertu de *The Landlord and Tenant Act*». On ne peut considérer une simple allusion de ce genre comme concluante, en particulier depuis l'examen poussé que cette Cour vient de faire du concept de *persona designata* dans l'arrêt *Herman et autres c. Le sous-procureur général du Canada*[29], dans lequel le concept de *persona designata* était au centre du débat. Dans l'affaire *Herman*, il s'agissait de décider si un juge d'une cour supérieure agissant en vertu de l'art. 232 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* 1970-71-72 (Can.), chap. 63, agit en sa qualité de juge ou à titre de «*persona designata*». Soulignant que le concept de *persona designata* est «au mieux un piège pour l'imprudent» et qu'il y a un besoin évident «d'une plus grande certitude dans l'application de la notion de *persona designata*», la Cour a formulé la proposition générale suivante:

> A première vue, dès qu'une loi confère des pouvoirs à un juge, il faut considérer que l'intention du Parlement est que ce juge agisse à titre de juge. Celui qui prétend qu'un juge agit à titre de *persona designata* doit trouver dans la loi particulière des dispositions qui prouvent clairement une intention contraire du Parlement. Le critère applicable pour déterminer si la loi pertinente fait ressortir une intention contraire peut se formuler comme une question: le juge exerce-t-il une compétence particulière, distincte, exceptionnelle et indépendante de ses tâches quotidiennes de juge, et qui n'a aucun rapport avec la cour dont il est membre?

Appliquant ce critère, la Cour a conclu dans l'arrêt *Herman* qu'un juge d'une cour supérieure qui tranche la question du privilège des communications entre client et avocat en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* le fait en sa qualité de juge et non à titre de *persona designata*.

En l'espèce, la Cour d'appel a appliqué le critère établi dans l'arrêt *Herman* et a conclu que les juges de la Cour de comté agissaient en qualité de juges en vertu des dispositions relatives aux locataires récalcitrants. La Cour s'est appuyé sur le fait que le concept de *persona designata* tel qu'il s'applique aux pouvoirs judiciaires n'est apparu

[29] [1979] 1 R.C.S. 729.

& Berwick Railway Company[30] and it was not until 1869 that the principle was applied in Canada: *R. v. McIntosh*[31]. With respect, I agree with the Court of Appeal. The jurisdiction over overholding tenants contained in the 1864 Act was merely a modification of the traditional jurisdiction in ejectment exercised by the Superior Courts.

In any event, as was pointed out in argument, the *persona designata* argument could not be applicable to the jurisdiction of the Supreme Court of Ontario to make orders requiring landlords and tenants to comply with obligations under leases. The point was also made that whether or not the County Court judge was acting as *persona designata* in eviction proceedings, the power he exercised was broadly analogous to that of the Superior Court and accordingly, even if the powers of the Commission are seen in terms of powers of pre-1867 County Court judges acting as *persona designata*, they nonetheless remain broadly analogous to those of pre-1867 Superior Courts. Accordingly the first submission of the Attorney General for Ontario on this point must be rejected.

The second submission, as I understand it, relies on the reasoning elaborated by Chief Justice Duff in the *Reference re Adoption Act (supra)*. This Court held that the jurisdiction of the inferior courts could be enlarged, both as to subject matter and as to pecuniary limits, as long as the new jurisdiction "broadly conform[ed] to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of s. 96". It is urged that the powers conferred on the Residential Tenancy Commission conform to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction. As to the question of subject matter, the appellant relies on the form and language in which the statute is enacted. The statute contains non-technical language and its application involves questions of fact or involves the exercise of discre-

[30] (1849), 18 L.J.Q.B. 199.
[31] (1869), 12 N.B.R. 372.

qu'en 1849 dans l'arrêt *Ross v. The York, Newcastle & Berwick Railway Company*[30], et ce principe n'a pas été appliqué au Canada avant 1869: *R. v. McIntosh*[31]. Avec égards, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel. La compétence prévue à la Loi de 1864 à l'égard des locataires récalcitrants était simplement une modification de la compétence traditionnelle qu'exerçaient les cours supérieures en matière d'expulsion.

En tout état de cause, comme on l'a souligné dans les plaidoiries, la thèse du concept de *persona designata* ne serait pas applicable à la compétence de la Cour suprême de l'Ontario d'ordonner aux propriétaires et aux locataires de se conformer aux obligations de leurs baux. On a en outre établi que, peu importe que le juge de la Cour de comté agisse à titre de *persona designata* dans des procédures d'éviction, le pouvoir qu'il exerce est de façon générale analogue à celui de la Cour supérieure et par conséquent, même si on compare les pouvoirs de la Commission à ceux que possédaient avant 1867 les juges de la Cour de comté agissant à titre de *persona designata*, ils restent néanmoins généralement semblables à ceux que possédaient les cours supérieures avant 1867. Par conséquent, on ne peut retenir le premier moyen que soulève sur ce point le procureur général de l'Ontario.

Le second moyen, si je comprends bien, s'appuie sur les motifs du juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l'Adoption Act* (précité). Cette Cour a décidé que la compétence des cours inférieures pouvait être étendue, quant à l'objet et quant à la valeur de l'objet, tant que la compétence nouvelle «s'apparente de façon générale à la compétence que les cours de juridiction sommaire peuvent exercer généralement plutôt qu'à celle qu'exercent les cours visées à l'art. 96». On fait valoir que les pouvoirs attribués à la Commission du logement s'apparentent au genre de juridiction que les cours de compétence sommaire peuvent exercer. Quant à la compétence en raison de l'objet, l'appelant s'appuie sur la forme et le libellé dans lesquels le texte de loi a été adopté. Il ne renferme pas de termes techniques et son application soulève des questions de fait ou soulève l'exercice de jugements discré-

[30] (1849), 18 L.J.Q.B. 199.
[31] (1869), 12 N.B.R. 372.

tionary factual judgments expressed in ordinary language. It is submitted that no significant jurisprudential questions are involved. As to pecuniary limits, the Residential Tenancy Commission is empowered to make an order for the payment of money only where the amount claimed does not exceed $3,000. The suggestion seems to be that, since the Residential Tenancy Commission proceeds in a summary manner under a statute drafted in 'layman's' language, its jurisdiction is, for constitutional purposes, analogous to the jurisdiction of a summary court. This submission misconceives the import of the reasoning in the *Adoption Reference*. Provinces cannot avoid the limitations of s. 96 simply by taking a traditional s. 96 function, simplifying procedural matters, and then transferring the jurisdiction to a non-section-96 tribunal. If this could be done, s. 96 would be stripped of all force and effect.

Even putting aside these assumptions, the argument of the appellant on this point cannot be accepted. As to the question of subject matter, I have noted that the Act applies to leases of any value and any term. Moreover, the $3,000 limitation on jurisdiction only applies when a sum of money is being claimed; in all other cases, there will be no pecuniary limit. Thus a landlord may incur costs far in excess of $3,000 in order to 'comply' with the Act or with an order of the Commission. As to the submission that the Commission will simply be deciding questions of fact, I would adopt the following comments made by the Court of Appeal:

> Clearly, more will be involved than the finding of facts, and the ascertainment of their "real substance", on the basis of which the next step to be taken will usually be apparent. The law will need to be interpreted in accordance with the accepted rules of law for that purpose, and the proper law will need to be applied, including, where relevant, the proper principles of contract, tort, and real and personal property law, notwithstanding the statutory "codification" earlier mentioned. In at least some cases the issue of the legality or illegality of activities carried on by tenants will arise, and in many cases assessments will have to be made of compensation for loss or injury of various kinds. In the making of orders for the evictions of tenants and requiring compliance with obligations imposed under the legislation, the task

tionnaires de faits qu'il exprime en des termes ordinaires. On fait valoir qu'aucune question jurisprudentielle importante n'entre en jeu. Quant à la compétence en raison de la valeur de l'objet, la Commission du logement a le pouvoir d'ordonner le paiement d'une somme uniquement lorsque le montant réclamé ne dépasse pas $3,000. On semble prétendre que, puisque la Commission du logement utilise une procédure sommaire en vertu d'un texte de loi rédigé en des termes accessibles aux profanes, sa compétence est, aux fins constitutionnelles, semblable à celle d'une cour sommaire. Cet argument représente faussement la teneur des motifs adoptés dans le *Renvoi sur l'Adoption Act*. Les provinces ne peuvent se soustraire aux restrictions de l'art. 96 simplement en prenant une fonction prévue à cet article, en simplifiant les procédures et en faisant alors passer la compétence à un tribunal non visé à l'art. 96. S'il en était ainsi, l'art. 96 n'aurait plus aucun effet.

Même en mettant ces prétentions de côté, on ne peut admettre l'argument de l'appelant sur ce point. Quant à la compétence en raison de l'objet, j'ai indiqué que la Loi s'applique aux baux, quelle qu'en soit la valeur ou la durée. En outre, la limite de $3,000 sur la compétence ne s'applique que dans un cas de réclamation d'une somme d'argent; dans tous les autres cas, il n'y a pas de limite quant à la valeur. Ainsi, afin de se conformer à la Loi ou à un ordre de la Commission, un propriétaire peut faire des frais dépassant de beaucoup la somme de $3,000. Quant à l'argument que la Commission décidera simplement des questions de fait, je souscris aux remarques suivantes de la Cour d'appel:

> [TRADUCTION] Vraiment, il y a plus que des conclusions sur les faits, et la constatation de leur «nature véritable», qui sera le fondement de l'étape suivante, sera habituellement évidente. Il faudra interpréter le droit conformément aux règles de droit admises à cette fin, et la loi applicable devra être appliquée, y compris, s'il y a lieu, les principes applicables du droit des contrats, des délits et du droit des biens réels et personnels, nonobstant la «codification» prévue à la loi déjà mentionnée. Dans certains cas au moins se posera la question de la légalité ou de l'illégalité des activités que poursuivent les locataires, et il faudra dans bien des cas évaluer l'indemnité pour des pertes ou des blessures de nature diverse. En établissant les ordonnances pour l'éviction des locataires et en enjoignant aux parties de se conformer aux obliga-

of the Commission will be of basically the same complexity and degree of difficulty as the task which has hitherto engaged the attention of the Courts in this Province.

The second submission of the Attorney General for Ontario also fails.

VI

We pass now to the second step of the inquiry, to consideration of the impugned powers within their institutional setting. Is the power to order eviction or compliance when so viewed still a 'judicial power'? I have already indicated that the hallmark of a judicial power is a *lis* between parties in which a tribunal is called upon to apply a recognized body of rules in a manner consistent with fairness and impartiality. The adjudication deals primarily with the rights of the parties to the dispute, rather than considerations of the collective good of the community as a whole.

With very few exceptions, the Residential Tenancy Commission is not free to intervene of its own motion in disputes between landlords and tenants. Virtually all of the provisions of the Act require that either a landlord or a tenant apply to the Commission before any action be taken. Moreover, the power to order eviction or compliance will, in all case, be exercised in the context of a *lis* between parties. This is so even where a third party may invoke the Commission's intervention. Under s. 29, for example, a Public Utility may notify the Commission that its service has been or is likely to be stopped, and the Commission may intervene. But s. 29 goes on to provide that the Commission shall determine whether a particular landlord is breaching his obligation to supply vital services to his tenants. Thus there will clearly be a *lis* between parties and an issue to be resolved.

When confronted with a *lis*, the task of the Commission will be to determine the respective rights and obligations of the parties according to the terms of the legislation. The Commission does not have an untrammelled discretion to 'set matters right'. The powers which it may invoke and the remedies which it may award are circumtions que leur impose le texte de loi, la tâche de la Commission sera fondamentalement aussi complexe et aussi difficile que la tâche qui a jusqu'à présent retenu l'attention des cours de cette province.

Le second argument du procureur général de l'Ontario est également rejeté.

VI

Passons maintenant à la deuxième étape de l'enquête, l'examen des pouvoirs contestés dans leur cadre institutionnel. De ce point de vue, le pouvoir d'ordonner l'éviction ou d'exiger de se conformer à la Loi est-il encore un «pouvoir judiciaire»? J'ai déjà mentionné que la marque d'un pouvoir judiciaire est l'existence d'un litige entre des parties dans lequel un tribunal est appelé à appliquer un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité. La décision porte d'abord sur les droits des parties au litige plutôt que sur l'examen du bien-être de la collectivité.

Sauf en de très rares cas, la Commission du logement n'est pas libre d'intervenir d'office dans des litiges entre propriétaires et locataires. Pratiquement toutes les dispositions de la Loi exigent qu'un propriétaire ou un locataire s'adresse à la Commission avant d'agir. En outre, le pouvoir d'ordonner l'éviction ou d'exiger qu'une personne se conforme à la Loi s'exercera, dans tous les cas, dans le cadre d'un litige entre des parties. C'est le cas même si un tiers peut demander l'intervention de la Commission. En vertu de l'art. 29, par exemple, un service public peut informer la Commission que son service a été interrompu ou le sera vraisemblablement, et la Commission peut intervenir. Mais l'art. 29 prévoit de plus que la Commission doit décider si un propriétaire donné manque à son obligation de fournir les services essentiels à ses locataires. Ainsi, il y aura vraiment un litige entre des parties et une question à résoudre.

Lorsqu'elle est saisie d'un litige, la Commission doit décider des obligations et des droits respectifs des parties suivant les termes de la Loi. La Commission n'a pas un pouvoir discrétionnaire total d'«arranger les choses». Les pouvoirs qu'elle peut invoquer et les redressements qu'elle peut accorder sont restreints aux termes de la Loi. En aucun cas

scribed by the terms of the Act. At no point is the individual's right at law surrendered for the benefit of a common group or policy. The Commission deals exclusively with matters of contract and land law as they arise between landlords and tenants.

It is true that the Commission is given a certain degree of discretion when performing its adjudicative function. Under s. 93(1) for example, the Commission is instructed to decide "upon the real merits and justice of the case"; s. 93(2) provides that the Commission "shall ascertain the real substance of all transactions and activities ..."; s. 110(3) states that the Commission "may include in any order terms and conditions it considers proper in all the circumstances". Yet such terminology is certainly not foreign to courts within the purview of s. 96. The County Court under *The Landlord and Tenant Act* has the power to "make such further or other order as the judge considers appropriate" (s. 96); to make an order "granting relief against forfeiture on such terms and conditions as the judge may decide" (s. 106(1)), and to "refuse to grant the application [for possession] unless he is satisfied, having regard to all the circumstances, that it would be unfair to do so". (s. 107(2)).

The Commission has authority to hear and determine disputes in accordance with rules of law, and by the authority of the law. It authorizes actions for which application is made. It has the power to impose penalties and sanctions and to award remedies for the infringement of rights. Disobedience of an order of the Commission is a penal offence. The Commission decides contractual and property rights between individual landlords and tenants and in so doing determines not only the right to land and property, but also other rights. In each case, there is an analysis of the law, an application of the applicable law to the particular facts, and then a judicial decision and a consequent order. It is difficult to conceive that when so acting the Commission acts otherwise than as a curial tribunal. In substance the tribunal is exer-

le droit d'une personne n'est sacrifié au profit d'un groupe de personnes ou d'une politique commune. La Commission traite exclusivement de questions relatives au droit des contrats ou des biens immobiliers qui opposent propriétaires et locataires.

Il est vrai que la Commission jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de sa fonction de rendre des décisions. En vertu du par. 93(1) par exemple, la Commission est chargée de rendre une décision [TRADUCTION] «en toute justice et sur le bien-fondé de l'espèce»; le par. 93(2) prévoit que la Commission [TRADUCTION] «doit constater la nature réelle de toutes les opérations et activités ...»; le par. 110(3) énonce que la Commission [TRADUCTION] «peut insérer dans une ordonnance les modalités qu'elle estime appropriées suivant toutes les circonstances». A vrai dire cette terminologie n'est certes pas étrangère aux cours visées à l'art. 96. En vertu de *The Landlord and Tenant Act*, la Cour de comté avait le pouvoir [TRADUCTION] de «rendre les autres ordonnances que le juge estime utiles» (art. 96), d'établir une ordonnance [TRADUCTION] «relevant d'une déchéance, aux conditions que le juge peut fixer» (par. 106(1)) et [TRADUCTION] de «refuser une demande [en reprise de possession] à moins qu'il ne soit convaincu, compte tenu de toutes les circonstances, qu'il ne serait pas équitable de la recevoir» (par. 107(2)).

La Commission a le pouvoir d'entendre et de trancher les litiges conformément aux règles de droit et en vertu du pouvoir que la loi lui accorde. Elle autorise les actes qui font l'objet d'une demande. Elle a le pouvoir d'imposer des peines et d'accorder des redressements en cas de violation de droits. Désobéir à un ordre de la Commission constitue une infraction pénale. La Commission décide des droits relatifs aux contrats et aux biens entre des particuliers propriétaires et locataires et, ce faisant, décide non seulement des droits sur un bien, mais d'autres droits aussi. Dans chaque cas, il y a analyse du droit, application du droit applicable à des faits précis, suivies d'une décision judiciaire et de l'ordonnance qui en résulte. Il est difficile de concevoir qu'en agissant ainsi, la Commission agisse autrement que comme un tribunal

cising judicial powers roughly in the same way as they are exercised by the courts.

Section 105 is also important. It provides that *The Statutory Powers Procedure Act, 1971*, applies to proceedings by the Commission in the exercise of a statutory power of decision. That Act assures the right to counsel, the right to call and examine witnesses and present argument and the right to conduct cross-examination of witnesses. *The Statutory Powers Procedure Act, 1971*, also requires that the tribunal give its final decision and order in writing and shall give reasons in writing if requested by a party. The Commission, at the hearing, is required to question the parties who are in attendance at the hearing and any witnesses with a view to determining the truth concerning the matters in dispute. Apart from this inquisitional feature, there is little to distinguish the hearing from a hearing conducted by a Superior Court. An appeal lies to the Commission from the decision or order of a Commissioner and a further appeal from the Commission on a question of law, to the Supreme Court of Ontario.

I conclude that the impugned powers, when viewed in their institutional setting, remain essentially 'judical powers'.

VII

We now face the most difficult aspect of this appeal—an examination of the inter-relationship between the Commission's impugned 'judicial powers' and the other powers and jurisdiction conferred under the Act.

Prior to 1979, three broad functions were exercised by three separate bodies. The function of giving advice, mediating and educating was handled by the Landlord and Tenant Advisory Bureaux. The function of administering rent review was handled by the Residential Premises Rent Review Board. The function of adjudicating disputes between landlords and tenants was handled by s. 96 courts. The 1979 Act effected relatively minor changes in the substantive law of

qui a pour fonction principale d'accorder des redressements. Au fond, le tribunal exerce des pouvoirs judiciaires à peu près de la même façon que le font les cours.

L'article 105 est également important. Il prévoit que *The Statutory Powers Procedure Act, 1971* s'applique aux procédures devant la Commission lorsqu'elle exerce un pouvoir de décision prévu par la Loi. Cette loi assure le droit d'être représenté par un avocat, de citer et d'interroger des témoins, de plaider, et de contre-interroger des témoins. *The Statutory Powers Procedure Act, 1971*, exige en outre que le tribunal rende la décision définitive et l'ordonnance par écrit et qu'il les motive par écrit si une partie le demande. Au cours de l'audience, la Commission est tenue d'interroger les parties qui sont présentes et les témoins en vue d'établir la vérité relativement aux questions en litige. Mis à part cet aspect inquisitoire, il y a peu de distinction entre l'audience de la Commission et l'audience tenue par une cour supérieure. Il peut être interjeté appel de la décision ou d'un ordre d'un commissaire devant la Commission, et il peut être interjeté appel de la décision de la Commission, sur une question de droit, devant la Cour suprême de l'Ontario.

Je suis d'avis que les pouvoirs attaqués, considérés dans leur cadre institutionnel, restent essentiellement des «pouvoirs judiciaires».

VII

Nous attaquons maintenant l'aspect le plus difficile du présent pourvoi, l'examen de la relation entre les «pouvoirs judiciaires» de la Commission qui sont attaqués et les autres pouvoirs et compétences que la Loi lui accorde.

Avant 1979, trois organismes distincts exerçaient trois grandes fonctions. Les bureaux consultatifs des propriétaires et des locataires avaient pour fonction de conseiller, de servir de médiateur et de diffuser l'information. L'Office de révision des loyers résidentiels était chargé de la révision des loyers. Les cours visées à l'art. 96 tranchaient les litiges entre les propriétaires et les locataires. La Loi de 1979 a introduit des changements relativement peu importants dans le droit positif appli-

landlord and tenant. The primary change introduced in 1979 was to transfer the separate and distinct functions of the Advisory Bureaux, the Rent Review Board and the courts to the Residential Tenancy Commission.

The Attorney General for Ontario argues that the Commission is essentially an administrative body charged with "supervising and regulating" the relationship of landlord and tenant in the Province of Ontario. The function of adjudicating disputes, it is contended, is merely a subsidiary or ancillary aspect of the Commission's role.

The Attorney General must look to s. 81, defining the powers of the Commission to sustain his argument of an overall supervisory and regulatory role in the field of landlord and tenant relations. Section 81 lends little support to the argument. It reads:

81. The Commission shall,

(*a*) perform the duties assigned to it by or under this Act and shall administer this Act and the regulations;

(*b*) periodically review this Act and the regulations and recommend from time to time amendments or revisions thereof:

(*c*) advise and assist the public on all residential tenancy matters including referral where appropriate to social services and public housing agencies;

(*d*) take an active role in ensuring that landlords and tenants are aware of the benefits and obligations established by this Act;

(*e*) periodically prepare and publish a summary of significant decisions of the Commission and the reasons therefor.

It appears upon reading the Act as a whole that the central function of the Commission is that of resolving disputes, in the final resort by a judicial form of hearing between landlords and tenants. The bulk of the Act is taken up with defining the rights and obligations of landlords and tenants and with prescribing a method for resolving disputes over those obligations. Dispute resolution is achieved through application to the Commission. It is true that the Commission is granted the power to mediate the dispute before it is obliged to hold a

cable aux propriétaires et aux locataires. La principale modification apportée en 1979 vise à transmettre à la Commission du logement les fonctions distinctes des bureaux consultatifs, de l'Office de révision des loyers et des cours.

Le procureur général de l'Ontario prétend que la Commission est essentiellement un organisme administratif chargé de «surveiller et de réglementer» les rapports entre propriétaires et locataires en Ontario. La fonction qui consiste à trancher les litiges, soutient-il, n'est qu'un aspect auxiliaire ou accessoire du rôle de la Commission.

Pour appuyer sa prétention d'un rôle général de surveillance et de réglementation dans le domaine des rapports entre propriétaires et locataires, le procureur général doit se tourner vers l'art. 81 qui énonce les pouvoirs de la Commission. L'article 81 offre peu d'appui à cette prétention; il se lit comme suit:

[TRADUCTION]

81. La Commission

a) accomplit les fonctions que la présente loi lui assigne et applique la présente loi et les règlements;

b) révise périodiquement la présente loi et les règlements et recommande à l'occasion de les modifier ou de les reviser;

c) conseille le public et lui vient en aide sur toute question relative à la location résidentielle, y compris l'acheminement des personnes aux services sociaux et aux organismes publics de logement, lorsqu'il convient de le faire;

d) s'assure que les propriétaires et les locataires connaissent les avantages que procure la présente loi et les obligations qu'elle impose;

e) établit et publie périodiquement un résumé de ses décisions importantes et des motifs de ces décisions.

Une lecture de l'ensemble de la Loi révèle que la principale fonction de la Commission est de régler les litiges, en dernier recours dans une forme judiciaire d'audition des propriétaires et des locataires. La formulation des droits et des obligations des propriétaires et des locataires et l'établissement d'un mode de résolution des conflits qu'engendrent ces obligations occupent la plus grande partie de la Loi. Les litiges se règlent au moyen d'une demande à la Commission. Il est vrai que la Commission a le pouvoir d'arbitrer un conflit

hearing, but the Commission will ordinarily have no right or duty to act as mediator unless invited to do so by one of the parties. If one party does not wish to settle, then a judicial hearing must be held and a judgment rendered. The other functions of the Commission are either ancillary to this function (*i.e.* the power to recommend policy or to advise the parties) or are separate and distinct from this core power, and bear no relation to it (*i.e.* the power over rent review).

There is no broad legislative scheme as there was in *Mississauga, supra,* to subsume the judicial functions of the Commission. It was argued that the powers vested in the Residential Tenancy Commission were merely incidental or ancillary to the policy of "security of tenure" for tenants. This submission is unconvincing. The primary purpose and effect of the 1979 Act was to transfer jurisdiction over a large and important body of law, affecting landlords and tenants of one million rental units, from the s. 96 courts where it has been administered since Confederation to a provincially appointed tribunal.

Here the chief role of the Commission is not to administer a policy or to carry out an administrative function. Its primary role is to adjudicate. The administrative features of the legislation can be characterized as ancillary to the main adjudicative function. The power of the Commission to mediate disputes is aimed at the speedy resolution of differences between the parties. So too is the informal nature of the proceedings. The goal of these provisions is to enable the Commission to 'process' controversies in an expeditious manner. As such, they are merely incidental to the main purpose of the legislation.

In the case at bar, as the Court of Appeal observed, powers until now exercised by the courts have simply been transferred to the Commission as the "chosen vehicle for their exercise". In the instant case the impugned powers are the nuclear core around which other powers and functions are collected. In *Tomko* the tribunal was composed of persons familiar with labour relations matters and

avant d'être obligée de tenir une audience mais, ordinairement, elle n'a pas le droit ni l'obligation d'agir à titre de médiateur à moins qu'une partie l'y invite. Si une partie ne veut pas régler à l'amiable, il faut alors tenir une audience judiciaire et rendre un jugement. Les autres fonctions de la Commission sont soit accessoires à cette fonction (par ex. le pouvoir de recommander des politiques ou de conseiller les parties), soit séparées et distinctes de ce pouvoir central avec lequel elles n'ont aucun rapport (par ex. le pouvoir de révision des loyers).

Il n'y a pas, comme dans l'arrêt *Mississauga*, précité, un grand ensemble législatif qui englobe les fonctions judiciaires de la Commission. On prétend que les pouvoirs attribués à la Commission du logement sont simplement accessoires à la politique de «permanence de bail» à l'intention des locataires. Cet argument n'est pas convaincant. La Loi de 1979 a d'abord pour objet de transmettre, à un tribunal dont les membres sont nommés par la province, la compétence sur une partie importante du droit, touchant les propriétaires et les locataires de un million de logements locatifs, compétence qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 depuis la Confédération.

En l'espèce, le rôle principal de la Commission n'est pas d'appliquer une politique ou d'exercer une fonction administrative. Son rôle premier est de trancher les litiges. On peut dire que les aspects administratifs de la Loi sont accessoires à la fonction principale de trancher les litiges. Le pouvoir de la Commission d'arbitrer les litiges vise à régler rapidement les querelles entre les parties. La simplicité des procédures tend vers ce même but. Ces dispositions visent à permettre à la Commission d'«acheminer» les disputes d'une façon expéditive. En soi, elles sont de simples accessoires de l'objet principal que vise la loi.

En l'espèce, comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, les pouvoirs exercés jusqu'à maintenant par les cours ont été transmis à la Commission qui devient «le véhicule choisi pour les exercer». Les pouvoirs attaqués ici sont le noyau principal autour duquel gravitent d'autres pouvoirs et fonctions. Dans l'arrêt *Tomko*, le tribunal était composé de personnes habituées aux questions de relations de

presumably better able than the courts to weigh the interests involved and to assess the implications of cease and desist orders upon the parties. In the present case the Act imposes no particular qualifications or experience as essential to appointment to the Commission. There is no requirement of legal training or occupational experience for any member of the Commission and the process of selection is not based on any bipartite or tripartite principle. The Commission is in no way a specialized agency. In the instant case the whole of a s. 96 court's jurisdiction in a certain area, however limited, has been transferred to provincially appointed officials. The provincial legislature has sought to withdraw historically entrenched and important judicial functions from the superior court and vest them in one of its own tribunals. Although the legislature may undoubtedly contract, as well as enlarge, court jurisdiction it cannot lift wholesale from the superior courts and bestow on a tribunal of its own making the resolution of disputes theretofore handled by superior courts in respect of rights and obligations in the nature of eviction orders and orders for compliance with contractual mandates.

The Residential Tenancy Commission is charged with the function of interpreting contracts and enforcing contractual rights through the exercise of the impugned powers. The Commission is to be empowered to do what a superior court has always done. It is clearly a Superior Court *quoad* those powers. The statutory provisions conferring those powers are therefore invalid. In *Farrah* the jurisdiction which the statute sought to transfer was, in the words of Pigeon J. at pp. 656-7 "precisely the same as that which was previously exercised by the Quebec Court of Appeal". In the present case the jurisdiction sought to be transferred is precisely the same as that which was previously, and is presently, exercised by the courts.

The Attorney General of Ontario in a supplementary factum submitted that the test implicit in the *Tomko* case may be expressed in this way: where the Legislature enacts legislation that in its

travail et probablement mieux aptes que les cours à peser les intérêts en jeu et à évaluer les conséquences que les ordres de ne pas faire pouvaient avoir à l'égard des parties. En l'espèce, la Loi n'exige pas d'expérience ni de qualités précises comme prérequis pour être membre de la Commission. On n'exige pas que les membres de la Commission aient une formation juridique ni une expérience professionnelle et le mode de sélection ne suit aucun principe bipartite ou tripartite. La Commission n'est en aucun cas un organisme spécialisé. En l'espèce, toute la compétence des tribunaux visés à l'art. 96 sur un domaine particulier, bien que restreint, a été transmise à des fonctionnaires nommés par la province. La législature provinciale a cherché à enlever à la cour supérieure des fonctions judiciaires importantes toujours considérées comme intangibles et à les attribuer à un de ses propres tribunaux. Même si la législature peut réduire ou accroître la compétence d'une cour, elle ne peut enlever aux cours supérieures et attribuer à un tribunal qu'elle a établi toute la compétence sur le règlement des litiges qu'exerçaient jusqu'alors les cours supérieures à l'égard des droits et des obligations de la nature des ordres d'éviction et des ordres de se conformer à des contrats.

La Commission du logement a pour fonction d'interpréter des contrats et de faire appliquer les droits prévus aux contrats par l'exercice des pouvoirs attaqués. La Commission doit avoir le pouvoir de faire ce qu'une cour supérieure a toujours fait. A l'égard de ces pouvoirs, il est évident qu'elle est une cour supérieure. Les dispositions législatives qui attribuent ces pouvoirs sont par conséquent invalides. Dans l'arrêt *Farrah*, la juridiction que la loi prétendait attribuer était, suivant les mots du juge Pigeon aux pp. 656 et 657, «précisément celle qui était antérieurement exercée par la Cour d'appel du Québec». En l'espèce, la juridiction que l'on cherche à attribuer est précisément celle que les cours exercent et exerçaient antérieurement.

Dans un mémoire supplémentaire, le procureur général de l'Ontario prétend qu'on peut énoncer comme suit le critère implicite admis dans l'arrêt *Tomko*: lorsque la législature adopte une loi qui

"pith and substance" establishes a scheme of substantive law and a scheme for its administration to meet some real social problem within its legislative competence, the Legislature may, as an integral part of the scheme for administration of the statute, confer s. 96 court powers on a non-section-96 tribunal (whether a specialized tribunal or a non-section-96 court) if the conferring of such powers is rationally justifiable or functionally appropriate as part of the scheme. In such case, the statute is characterized as a whole as being in pith and substance in relation to the provincial legislative subject matter. The contention seems to be that if the legislature sets up a social agency to meet a social problem, as seen by the legislature, then that determines the validity of a conferral of s. 96 judicial power upon the agency. If the legislation is not aimed at evasion, it cannot be attacked. Such a contention goes too far and is not supported on the authorities.

Implicit throughout the argument advanced on behalf of the Attorney General of Ontario is the assumption that the court system is too formal, too cumbersome, too expensive and therefore unable to respond properly to the social needs which *The Residential Tenancies Act* is intended to meet. All statutes respond to social needs. The courts are not unfamiliar with equity and the concepts of fairness, justice, convenience, reasonableness. Since the enactment in 1976 of the legislation assuring "security of tenure" the County Court judges of Ontario have been dealing with matters arising out of that legislation, apparently with reasonable despatch, as both landlords and tenants in the present proceedings have spoken clearly against transfer of jurisdiction in respect of eviction and compliance orders from the courts to a special commission. It is perhaps also of interest that there is no suggestion in the material filed with us that the Law Reform Commission favoured removal from the courts of the historic functions performed for over one hundred years by the courts.

I am neither unaware of, nor unsympathetic to, the arguments advanced in support of a view that s. 96 should not be interpreted so as to thwart or unduly restrict the future growth of provincial

établit en substance un plan de droit positif et un plan d'application de ce droit pour répondre à un problème social véritable qui relève de sa compétence législative, elle peut attribuer, comme partie composante du plan d'application de la loi, les pouvoirs d'une cour visée à l'art. 96 à un tribunal non visé à cet article (qu'il s'agisse d'un tribunal spécialisé ou d'une cour visée à l'art. 96) si l'attribution de ces pouvoirs est raisonnablement justifiable ou fonctionnellement nécessaire à l'intérieur de ce plan. Dans ce cas, on pourrait dire que l'ensemble de la loi se rapporte essentiellement à une compétence législative provinciale. On semble prétendre que si la législature crée un organisme social pour répondre à un problème que le législateur estime être de caractère social, cela décide alors de la validité de l'attribution, à cet organisme, d'un pouvoir judiciaire visé à l'art. 96. Si la loi ne vise pas à se soustraire à l'art. 96, elle ne peut être attaquée. Cette prétention va trop loin et ne s'appuie sur aucune jurisprudence.

L'argument avancé au nom du procureur général de l'Ontario suppose implicitement que le système judiciaire est trop formaliste, trop lourd, trop coûteux et par conséquent inapte à répondre de façon convenable aux besoins sociaux auxquels la *Loi sur la location résidentielle* veut répondre. Toutes les lois répondent à des besoins sociaux. Les cours ne sont pas étrangères à l'équité et aux concepts d'impartialité, de justice, de commodité, de raison. Depuis l'adoption en 1976 d'une loi assurant la «permanence de bail», les juges de la Cour de comté de l'Ontario ont appliqué cette loi, manifestement avec une diligence acceptable, puisque les propriétaires et les locataires en l'espèce se sont opposés clairement à l'attribution à une commission particulière de la compétence des cours en matière d'éviction et d'ordre de se conformer. Peut-être est-il bon également de noter que les documents produits n'indiquent pas que la Commission de réforme du droit a souhaité enlever aux cours les fonctions historiques dont elles s'acquittent depuis plus de cent ans.

Je connais et je comprends les motifs proposés pour appuyer l'opinion que l'art. 96 ne doit pas être interprété de façon à faire échec à la croissance que sont appelés à connaître les tribunaux

administrative tribunals. Yet, however worthy the policy objectives, it must be recognized that we, as a Court, are not given the freedom to choose whether the problem is such that provincial, rather than federal, authority should deal with it. We must seek to give effect to the Constitution as we understand it and with due regard for the manner in which it has been judicially interpreted in the past. If the impugned power is violative of s. 96 it must be struck down.

I conclude by noting that two provincial Courts of Appeal, in addition to the Ontario Court of Appeal, have had occasion recently to consider provincial power to vest jurisdiction over landlord and tenant matters in a specialized tribunal. The Alberta Court of Appeal in *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements*[32] decided that a province could not authorize a provincially appointed tribunal to grant orders for possession to a landlord or to grant orders for specific performance of a tenancy agreement. The difficulty facing the Court, as Morrow J.A. noted in his reasons, was that the questions were referred to the court without any accompanying institutional setting. Accordingly, the reasons of the Court of Appeal must of necessity be of limited application for future cases. The British Columbia Court of Appeal, in *Re Pepita and Doukas, supra*, held that legislation empowering a 'rentalsman' to make an order for possession was *intra vires* the province. The Ontario Court of Appeal, in its judgment in the instant case, elaborated a number of distinctions between the Ontario and British Columbia legislation; these distinctions, it was said, justified the different conclusions reached by the two courts. While noting that such distinctions are indeed possible, this Court need not, on this occasion, express any opinion as to the validity of the British Columbia legislation.

[32] (1978), 89 D.L.R. (3d) 460.

administratifs provinciaux, ou de façon à restreindre injustement cette croissance. Cependant, si louables que soient les objectifs de politique, il faut reconnaître qu'il n'est pas donné à cette Cour de choisir qui, de l'autorité provinciale ou fédérale, doit s'occuper de ce problème. Nous devons chercher à appliquer la Constitution comme nous la comprenons, en respectant la façon suivant laquelle les tribunaux l'ont interprétée dans le passé. Si le pouvoir attaqué viole l'art. 96, il faut l'écarter.

Je termine en faisant remarquer qu'outre la Cour d'appel de l'Ontario, deux cours d'appel provinciales ont eu récemment l'occasion d'examiner le pouvoir qu'ont les provinces d'attribuer à un tribunal spécialisé la compétence sur les questions relatives aux propriétaires et aux locataires. Dans *Reference Re Proposed Legislation Concerning Leased Premises and Tenancy Agreements*[32] la Cour d'appel de l'Alberta a décidé qu'une province ne pouvait autoriser un tribunal nommé par la province à accorder à un propriétaire un ordre de possession ou à ordonner l'exécution d'une obligation prévue au bail. Comme le juge Morrow l'a indiqué dans ses motifs, la cour a fait face à une difficulté en ce que les questions lui ont été soumises sans être accompagnées d'informations quant au cadre institutionnel. Par conséquent, l'application jurisprudentielle des motifs de la Cour d'appel doit nécessairement être restreinte. Dans *Re Pepita and Doukas*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé qu'une loi provinciale accordant à un «rentalsman» le pouvoir d'établir un ordre de possession était *intra vires*. Dans son arrêt en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné avec soin de nombreuses distinctions entre les lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique; on a dit que ces distinctions justifiaient les conclusions différentes auxquelles les deux cours en sont venues. Tout en soulignant que ces distinctions peuvent exister, cette Cour n'a pas en l'espèce à se prononcer sur la validité de la loi de la Colombie-Britannique.

[32] (1978), 89 D.L.R. (3d) 460.

In the result, I would dismiss the appeal, and answer in the negative the constitutional questions which have been posed by the Executive Council of the Province of Ontario. No question of costs arises.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant the Attorney General of Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Solicitor for the Attorney General of Quebec: René Dussault, Quebec.

Solicitor for the Attorney General of Nova Scotia: Gordon F. Coles, Halifax.

Solicitor for the Attorney General of British Columbia: Richard Vogel, Victoria.

Solicitor for the Attorney General of Manitoba: Gordon F. Pilkey, Winnipeg.

Solicitor for the Attorney General of Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Solicitor for the Attorney General of Alberta: Ross Paisley, Edmonton.

Counsel appointed by the Court to present arguments opposed to the validity of the Legislation: John J. Robinette, (McCarthy & McCarthy), Toronto.

Solicitor for the Deputy Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the Federation of Metro Tenants Association et al.: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Solicitors for the Committee of Concern for Rental Housing in Ontario et al.: Cohen, Melnitzer, Toronto.

Solicitors for Lawrence A. Greenspon: Karam, Tannis, Ottawa.

Solicitor for the Attorney General of Newfoundland: G.B. MacAulay, St. John's.

Solicitor for the Law Union of Ontario: Paul H. Reinhardt, Toronto.

Solicitor for R. S. Bentley: R. S. Bentley, Barrie, Ontario.

Solicitor for Peter Lamont: Peter Lamont, Ottawa.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre par la négative aux deux questions constitutionnelles qu'a posées le Conseil exécutif de la province de l'Ontario. La question des dépens ne se pose pas.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant le procureur général de l'Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Procureur du procureur général du Québec: René Dussault, Québec.

Procureur du procureur général de la Nouvelle-Écosse: Gordon F. Coles, Halifax.

Procureur du procureur général de la Colombie-Britannique: Richard Vogel, Victoria.

Procureur du procureur général du Manitoba: Gordon F. Pilkey, Winnipeg.

Procureur du procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Procureur du procureur général de l'Alberta: Ross Paisley, Edmonton.

Avocat nommé par la Cour pour plaider contre la validité de la Loi: John J. Robinette (McCarthy & McCarthy), Toronto.

Procureur du sous-procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de la Federation of Metro Tenants Association et autres: Cameron, Brewin & Scott, Toronto.

Procureurs du Committee of Concern for Rental Housing in Ontario et autres: Cohen, Melnitzer, Toronto.

Procureurs de Lawrence A. Greenspon: Karam, Tannis, Ottawa.

Procureur du procureur général de Terre-Neuve: G. B. MacAulay, St-Jean.

Procureur du Law Union of Ontario: Paul H. Reinhardt, Toronto.

Procureur de R. S. Bentley: R. S. Bentley, Barrie, Ontario.

Procureur de Peter Lamont: Peter Lamont, Ottawa.

IN THE MATTER of an Act for expediting the decision of constitutional and other provincial questions, being R.S.M. 1970, c. C180

AND IN THE MATTER of a Reference pursuant thereto by the Lieutenant Governor in Council to the Court of Appeal for Manitoba for hearing and consideration, the questions concerning the amendment of the Constitution of Canada as set out in Order in Council No. 1020/80

The Attorney General of Manitoba *Appellant*;

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of Newfoundland and Four Nations Confederacy Inc. *Interveners (supporting the Attorney General of Manitoba)*;

and

The Attorney General of Canada *Respondent*;

and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General for New Brunswick *Interveners (supporting the Attorney General of Canada)*.

IN THE MATTER of Section 6 of *The Judicature Act*, R.S.Nfld. 1970, c. 187 as amended,

AND IN THE MATTER of a Reference by the Lieutenant Governor in Council concerning the effect and validity of the amendments to the Constitution of Canada sought in the 'Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty The Queen respecting the Constitution of Canada'

The Attorney General of Canada *Appellant*;

and

DANS L'AFFAIRE de la Loi relative à l'expédition des décisions provinciales d'ordre constitutionnel et autres, L.R.M. 1970, chap. C180

DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi y relatif par le lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel du Manitoba, pour examen et audition, de questions concernant la modification de la Constitution du Canada, conformément au décret N° 1020/80

Le procureur général du Manitoba *Appelant*;

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et Four Nations Confederacy Inc. *Intervenants (appuyant le procureur général du Manitoba)*;

et

Le procureur général du Canada *Intimé*;

et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants (appuyant le procureur général du Canada)*.

DANS L'AFFAIRE de l'article 6 de la *Judicature Act*, R.S. Nfld. 1970, chap. 187 et modifications,

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi par le lieutenant-gouverneur en conseil concernant l'effet et la validité des modifications de la Constitution du Canada telles que demandées par le «Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine relativement à la Constitution du Canada»

Le procureur général du Canada *Appelant*;

et

The Attorney General for Ontario and the Attorney General for New Brunswick *Interveners (supporting the Attorney General of Canada)*;

and

The Attorney General of Newfoundland *Respondent*;

and

The Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta and Four Nations Confederacy Inc. *Interveners (supporting the Attorney General of Newfoundland).*

AND IN THE MATTER **of a Reference to the Court of Appeal of Quebec relative to a draft Resolution containing a joint address to Her Majesty The Queen concerning the Constitution of Canada**

The Attorney General of Quebec *Appellant*;

and

The Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of Newfoundland and Four Nations Confederacy Inc. *Interveners (supporting the Attorney General of Quebec)*;

and

The Attorney General of Canada *Respondent*;

and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General for New Brunswick *Interveners (supporting the Attorney General of Canada).*

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Nouveau-Brunswick, *Intervenants (appuyant le procureur général du Canada)*;

et

Le procureur général de Terre-Neuve *Intimé*;

et

Le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta et Four Nations Confederacy Inc. *Intervenants (appuyant le procureur général de Terre-Neuve).*

ET DANS L'AFFAIRE **d'un Renvoi à la Cour d'appel du Québec relatif à un projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada**

Le procureur général du Québec *Appelant*;

et

Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et Four Nations Confederacy Inc. *Intervenants (appuyant le procureur général du Québec)*;

et

Le procureur général du Canada *Intimé*;

et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Nouveau-Brunswick *Intervenants (appuyant le procureur général du Canada).*

1981: April 28, 29, 30 and May 1 and 4; 1981: September 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURTS OF APPEAL FOR MANITOBA, NEWFOUNDLAND AND QUEBEC

Constitutional law — Amendment of the Constitution — Power to amend — Authority to the two federal Houses to proceed by Resolution where federal-provincial relationships are affected — Whether a convention can crystallize into law — Sovereignty of the provinces in respect of their powers under the B.N.A. Act — British North America Act, 1867, 1867 (U.K.), c. 3 as amended, ss. 18, 91, 92, 146 — Statute of Westminster, 1931, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 2, 3, 4, 5, 7 — The Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4, 5 — Bill of Rights, 1689 (Engl.), c. 2, s. 9.

Constitutional law — Constitutional convention — Constitutional amendment — Proposed constitutional amendment affecting provincial powers — Eight provinces opposing the Resolution — Whether or not provincial consent required by constitutional convention — Degree of consent — British North America Act, 1867, 1867 (U.K.), c. 3 as amended, ss. 9, 15, 91(1), 92(1), 92(5) — Statute of Westminster, 1931, 1931 (U.K.), c. 4, s. 7(1).

The References in question were prompted by the opposition of eight provinces to a proposed Resolution, published on October 2, 1980. The proposed Resolution contained an address to be presented to Her Majesty The Queen in right of the United Kingdom and a statute, to which was appended another statute providing for the patriation of the *B.N.A. Act*, with an amending procedure, and a *Charter of Rights and Freedoms*. The proposed Resolution carried the approval of only two provinces, Ontario and New Brunswick. The opposition of the others, save Saskatchewan, was based on their assertion that both conventionally and legally the consent of all the provinces was required for the address to be forwarded to Her Majesty with the appended statutes. The proposed Resolution was adopted by the House of Commons and by the Senate on April 23 and 24, 1981.

Questions 1, 2 and 3 of the Manitoba and Newfoundland References submitted for answer and this Court's answers were as follows:

1981: 28, 29, 30 avril et les 1 et 4 mai; 1981: 28 septembre.

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

EN APPEL DES COURS D'APPEL DU MANITOBA, DE TERRE-NEUVE ET DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Modification de la Constitution — Pouvoir de modification — Pouvoir des deux chambres fédérales de procéder par résolution lorsque cela a un effet sur les relations fédérales-provinciales — Une convention peut-elle se cristalliser en règle de droit? — Souveraineté des provinces à l'égard de leurs pouvoirs en vertu de l'A.A.N.B. — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 1867 (R.-U.), chap. 3 et modifications, art. 18, 91, 92, 146 — Statut de Westminster, 1931, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 2, 3, 4, 5, 7 — Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4, 5 — Bill of Rights, 1689 (Angl.), chap. 2, art. 9.

Droit constitutionnel — Convention constitutionnelle — Modification de la Constitution — Projet de modification de la Constitution ayant un effet sur les pouvoirs provinciaux — Huit provinces opposées à la résolution — Le consentement des provinces est-il requis par convention constitutionnelle? — Degré de consentement — Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 1867 (R.-U.), chap. 3 et modifications, art. 9, 15, 91(1), 92(1), 92(5) — Statut de Westminster, 1931, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 7(1).

Les renvois découlent de l'opposition de huit provinces à un projet de résolution publié le 2 octobre 1980. Le projet contient une adresse à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni et une loi qui porte en annexe un autre projet de loi qui prévoit le rapatriement de l'*A.A.N.B.*, assorti d'une procédure de modification et d'une *Charte des droits et libertés*. Seules l'Ontario et le Nouveau-Brunswick ont donné leur approbation au projet. A l'exclusion de la Saskatchewan, les autres provinces fondent leur opposition sur l'affirmation qu'à la fois conventionnellement et juridiquement, le consentement de toutes les provinces est nécessaire pour que l'adresse avec les lois en annexe puisse être soumise à Sa Majesté. Le projet a été adopté par la Chambre des communes et le Sénat les 23 et 24 avril 1981.

Voici les réponses de la Cour aux questions 1, 2 et 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve:

Question 1—If the amendments to the Constitution of Canada sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada", or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected and if so, in what respect or respects?

Answer —Yes.

Question 2—Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

Answer —Yes.

The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting would answer "no".

Question 3—Is the agreement of the provinces of Canada constitutionally required for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments?

Answer —For the reasons stated in answer to Question 2, as a matter of constitutional convention, "yes". The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting would answer "no".

—As a matter of law, "no". Martland and Ritchie JJ. dissenting would answer "yes".

The Question 4 of the Newfoundland Reference submitted for answer and this Court's answer was as follows:

Question 1—L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le «Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada» aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?

Réponse —Oui.

Question 2—Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Réponse —Oui.

Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents répondraient «non».

Question 3—Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Réponse —Pour les motifs donnés en réponse à la question 2, du point de vue de la convention constitutionnelle «oui». Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents répondraient «non».

—Du point de vue juridique «non». Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient «oui».

Voici la réponse de la Cour à la question 4 du renvoi de Terre-Neuve:

Question 4—If Part V of the proposed resolution referred to in question 1 is enacted and proclaimed into force could

(a) the Terms of Union, including terms 2 and 17 thereof contained in the Schedule to the *British North America Act, 1949* (12-13 George VI, c. 22 (U.K.)), or

(b) section 3 of the *British North America Act, 1871* (34-35 Victoria, c. 28 (U.K.))

be amended directly or indirectly pursuant to Part V without the consent of the Government, Legislature or a majority of the people of the Province of Newfoundland voting in a referendum held pursuant to Part V?

Answer —As expressed in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal, subject to the correction made in the reasons of this Court.

Questions A and B of the Quebec Reference submitted for answer and this Court's answers were as follows:

Question A—If the *Canada Act* and the *Constitution Act, 1981* should come into force and if they should be valid in all respects in Canada would they affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

Answers —(i) Yes.

(ii) Yes.

Question B—Does the Canadian Constitution empower, whether by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

Question 4—Si la partie V du projet de résolution dont il est fait mention à la question 1 est adoptée et mise en vigueur, est-ce que

a) les conditions de l'union, dont les conditions 2 et 17 qui se trouvent à l'annexe de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* (12-13 George VI, chap. 22 (R.-U.)) ou

b) l'article 3 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* (34-35 Victoria, chap. 28 (R.-U.))

pourraient être modifiés directement ou indirectement en vertu de la partie V, sans le consentement du gouvernement, de la législature ou d'une majorité de la population de la province de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum tenu en vertu de la partie V?

Réponse —Celle exprimée dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve avec la modification apportée dans les motifs de cette Cour.

Voici les réponses de la Cour aux questions A et B du renvoi du Québec:

Question A—La *Loi sur le Canada* et la *Loi constitutionnelle de 1981* si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Réponses —(i) Oui.

(ii) Oui.

Question B—La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

Answers —(i) (a) by statute, no;

(b) by convention, no.

The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. would answer that there is no precluding convention.

(c) as a matter of law, yes.

Martland and Ritchie JJ. dissenting would answer "no".

(ii) (a) by statute, no;

(b) by convention, no.

The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. would answer that there is no precluding convention.

(c) as a matter of law, yes.

Martland and Ritchie JJ. dissenting would answer "no".

Part I deals with Questions 1 and 3 in the Manitoba and Newfoundland References, Question 4 in the Newfoundland Reference, Question A in the Quebec Reference and with Question B in that reference in its legal aspect. Part II deals with Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and Question B in the Quebec Reference in its conventional aspect.

—I—

Per Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: The proposed Resolution requesting the amendment of the Canadian Constitution by the Parliament at Westminster was within the legislative competence of the Houses of the Parliament of Canada notwithstanding the fact that it affected provincial legislative powers. No legal principles of federalism were offended by the Houses proceeding without the concurrence of the provinces: the requirement of provincial consent had not crystallized into law. The authority of the two Houses to adopt their own procedures, and hence the resolutions, was untrammelled and in any event had no bearing on the competence of the Parliament at Westminster to give effect to the Resolution.

Per Martland and Ritchie JJ. (*dissenting*): The proposed Resolution offended the federal principle which, from an analysis of earlier practice had been carried into and formed an integral part of the Resolution procedure's operation. This procedure, the recognized means of effecting constitutional change through the Imperial

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Réponses —(i) a) par statut, non;

b) par convention, non.

Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre répondraient qu'il n'y a pas de convention à l'effet contraire.

c) du point de vue juridique, oui.

Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient «non».

(ii) a) par statut, non;

b) par convention, non.

Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre répondraient qu'il n'y a pas de convention à l'effet contraire.

c) du point de vue juridique, oui.

Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient «non».

La Partie I traite des questions 1 et 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de la question 4 du renvoi de Terre-Neuve, de la question A du renvoi du Québec et de l'aspect juridique de la question B de ce renvoi. La Partie II traite de la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de l'aspect conventionnel de la question B du renvoi du Québec.

—I—

Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer: Le projet de résolution demandant la modification de la constitution canadienne par le Parlement de Westminster relève de la compétence législative des chambres du Parlement du Canada bien que cela ait un effet sur les pouvoirs législatifs provinciaux. En procédant sans l'assentiment des provinces, les chambres n'ont violé aucun principe juridique régissant le fédéralisme: l'exigence du consentement des provinces ne s'est pas cristallisée en règle de droit. Le pouvoir des deux chambres d'adopter leurs propres procédures, et donc les résolutions, est total et n'a de toute façon aucun effet sur la compétence du Parlement de Westminster de donner suite à la résolution.

Les juges Martland et Ritchie (*dissidents*): Le projet de résolution porte atteinte au principe fédéral qui, à partir d'une analyse de pratiques antérieures, a été adopté et intégré dans le mécanisme de la procédure de résolution. Cette procédure, le moyen reconnu de faire effectuer des modifications constitutionnelles par le Par-

Parliament, was not merely an internal one. Notwithstanding Canada's accession to sovereign status, the federal Parliament had neither the statutory basis to enact such a Resolution nor the power to implement a measure contrary to the *B.N.A. Act*. To do so contravened established convention and was the exercise of a non-existant power. It was equally beyond the power of the two federal Houses to effect such an amendment through the agency of the Imperial Parliament.

[*Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George*, [1969] 1 A.C. 645; *References re The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*, [1936] S.C.R. 461; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (the *Labour Conventions* case), [1937] A.C. 326; *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, [1938] S.C.R. 71; *British Coal Corp. and Others v. The King*, [1935] A.C. 500; *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*, [1976] 1 Q.B. 752; *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*, [1916] 2 A.C. 610; *Alexander E. Hull & Co. v. M'Kenna*, [1926] I.R. 402; *Copyright Owners Reproduction Society Ltd. v. E.M.I. (Australia) Proprietary Ltd.* (1958), 100 C.L.R. 597; *Blackburn v. Attorney-General*, [1971] 2 All E.R. 1380; *Re Authority of Parliament in relation to the Upper House* (the *Senate Reference*), [1980] 1 S.C.R. 54; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Reference re Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] S.C.R. 792; *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada* (the *Nova Scotia Interdelegation* case), [1951] S.C.R. 31; *Re Delegation of Legislative Jurisdiction*, [1948] 4 D.L.R. 1 referred to.]

—II—

Per Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard and Lamer JJ.: A substantial degree of provincial consent—to be determined by the politicians and not the courts—was conventionally required for the amendment of the Canadian Constitution. The convention existed because the federal principle could not be reconciled with a state of affairs where the federal authorities could unilaterally modify provincial legislative powers. The proposed amendments were not severable despite the fact that the *Charter of Rights* offended the federal principle and the proposed amending formula did not.

lement impérial, n'est pas seulement une procédure interne. Malgré l'accession du Canada à la souveraineté, le Parlement fédéral n'a ni le pouvoir législatif d'adopter pareille résolution ni celui de mettre en œuvre une mesure contraire à l'*A.A.N.B.* Pareille action va à l'encontre d'une convention établie et constitue l'exercice d'un pouvoir inexistant. Il y a également excès de pouvoir des deux chambres fédérales à faire effectuer pareille modification par l'intermédiaire du Parlement impérial.

[Jurisprudence: *Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George*, [1969] 1 A.C. 645; *Renvoi relatif à The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*, [1936] R.C.S. 461; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (l'affaire des *Conventions de travail*), [1937] A.C. 326; *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*, [1938] R.C.S. 71; *British Coal Corp. and Others v. The King*, [1935] A.C. 500; *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*, [1976] 1 Q.B. 752; *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*, [1916] 2 A.C. 610; *Alexander E. Hull & Co. v. M'Kenna*, [1926] I.R. 402; *Copyright Owners Reproduction Society Ltd. v. E.M.I. (Australia) Proprietary Ltd.* (1958), 100 C.L.R. 597; *Blackburn v. Attorney-General*, [1971] 2 All E.R. 1380; *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute (Renvoi sur le Sénat)*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*, [1899] A.C. 626; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Renvoi: Offshore Mineral Rights of British Columbia*, [1967] R.C.S. 792; *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada* (l'affaire de la *Délégation interparlementaire*), [1951] R.C.S. 31; *Re Delegation of Legislative Jurisdiction*, [1948] 4 D.L.R. 1.]

—II—

Les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard et Lamer: Un degré appréciable de consentement provincial, que les politiciens et non les tribunaux doivent fixer, est conventionnellement nécessaire pour modifier la constitution canadienne. La convention existe parce que le principe fédéral est inconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux. Le projet de modification n'est pas divisible malgré le fait que la *Charte des droits* aille à l'encontre du principe fédéral et qu'il n'en soit pas de même du projet de formule de modification.

Per Laskin C.J. and Estey and McIntyre JJ. (*dissenting*): Constitutionality and legality in the federal system are synonymous and constitutional conventions cannot be accorded the significance that they may have in a unitary state. Here, the Court needed only to recognize or deny the convention's existence. In view of the concept's lack of clarity, the longstanding controversy among politicians, and the absence of acceptance by the plenary unit to be bound, no convention requiring the consent of all the provinces existed. Canadian federalism, characterized by federal paramountcy, was not threatened by the federal government's promotion of unilateral change.

[*Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House* (the *Senate Reference*), [1980] 1 S.C.R. 54; *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269; *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295; *R. v. Attorney General of British Columbia*, [1924] A.C. 213; *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, [1938] S.C.R. 71; *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202; *Gallant v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425; *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. and E. 1; *Commonwealth v. Kreglinger* (1926), 37 C.L.R. 393; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206; *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560; *Adegbenro v. Akintola*, [1963] A.C. 614; *Ibralebbe v. The Queen*, [1964] A.C. 900; *Arseneau v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 136; *Attorney General of Quebec v. Blaikie et al.*, [1981] 1 S.C.R. 312, referred to.]

APPEALS from a judgment of the Court of Appeal of Manitoba[1], a judgment of the Court of Appeal of Newfoundland[2] and a judgment of the Court of Appeal of Quebec[3], relative to a draft Resolution containing a joint address to Her Majesty The Queen concerning the Constitution of Canada.

[1] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1; [1981] 2 W.W.R. 193.
[2] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1, 82 A.P.R. 503, 29 Nfld. & P.E.I.R. 503.
[3] [1981] C.A. 80; (1981), 120 D.L.R. 385.

Le juge en chef Laskin et les juges Estey et McIntyre (*dissidents*): La constitutionnalité et la légalité sont synonymes dans un régime fédéral et les conventions constitutionnelles ne peuvent recevoir la signification qu'elles peuvent avoir dans un Etat unitaire. En l'espèce, la Cour doit seulement reconnaître ou nier l'existence de la convention. Vu le manque de clarté du concept, la controverse de longue date entre politiciens et l'absence d'acceptation par l'entité souveraine d'être ainsi liée, il n'existe aucune convention exigeant le consentement de toutes les provinces. Le fédéralisme canadien, caractérisé par la primauté du fédéral, n'est pas mis en danger par le changement unilatéral provoqué par le gouvernement fédéral.

[Jurisprudence: *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute (Renvoi sur le Sénat)*, [1980] 1 R.C.S. 54; *Renvoi: Waters and Water-Powers*, [1929] R.C.S. 200; *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269; *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566; *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437; *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295; *R. v. Attorney General of British Columbia*, [1924] A.C. 213; *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*, [1938] R.C.S. 71; *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1922] 1 A.C. 202; *Gallant v. The King*, [1949] 2 D.L.R. 425; *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. and E. 1; *Commonwealth v. Kreglinger* (1926), 37 C.L.R. 393; *Liversidge v. Anderson*, [1942] A.C. 206; *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560; *Adegbenro v. Akintola*, [1963] A.C. 614; *Ibralebbe v. The Queen*, [1964] A.C. 900; *Arseneau c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 136; *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*, [1981] 1 R.C.S. 312.]

POURVOIS à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba[1], d'un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve[2] et d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec[3], relatifs à un projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada.

[1] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1; [1981] 2 W.W.R. 193.
[2] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1, 82 A.P.R. 503, 29 Nfld. & P.E.I.R. 503.
[3] [1981] C.A. 80; (1981), 120 D.L.R. 385.

J. J. Robinette, Q.C., John Scollin, Q.C., and *Michel Robert*, for the Attorney General of Canada (in the matter of the Reference in the Court of Appeal of Manitoba).

Clyde K. Wells, Q.C., Barry Strayer, Q.C., and *Barbara Reed*, for the Attorney General of Canada (in the matter of the Reference in the Court of Appeal of Newfoundland).

Michel Robert, Raynold Langlois and *Louis Reynolds*, for the Attorney General of Canada (in the matter of the Reference in the Court of Appeal of Quebec).

A. Kerr Twaddle, Q.C., Douglas A.J. Schmeiser and *Brian F. Squair*, for the Attorney General of Manitoba.

John J. O'Neill, Q.C., John J. Ashley and *James L. Thistle*, for the Attorney General of Newfoundland.

Colin K. Irving, Georges Emery, Q.C., Lucien Bouchard and *Peter S. Martin*, for the Attorney General of Quebec.

K. Lysyk, Q.C., Darryl Bogdasavich and *John D. Whyte*, for the Attorney General for Saskatchewan.

Ross W. Paisley, Q.C., and *William Henkel, Q.C.*, for the Attorney General for Alberta.

D. M. M. Goldie, Q.C., E. R. A. Edwards and *C. F. Willms*, for the Attorney General of British Columbia.

Gordon F. Coles, Q.C., Reinhold M. Enders and *Mollie Dunsmuir*, for the Attorney General of Nova Scotia.

Ian W. H. Bailey, for the Attorney General of Prince Edward Island.

Roy McMurtry, Q.C., D. W. Mundell, Q.C., John Cavarzan, Q.C., and *Lorraine E. Weinrib*, for the Attorney General for Ontario.

Alan D. Reid and *Alfred R. Landry, Q.C.*, for the Attorney General for New Brunswick.

D'Arcy C. H. McCaffrey, Q.C., for Four Nations Confederacy Inc.

J. J. Robinette, c.r., John Scollin, c.r., et *Michel Robert*, pour le procureur général du Canada (dans l'affaire du renvoi à la Cour d'appel du Manitoba).

Clyde K. Wells, c.r., Barry Strayer, c.r., et *Barbara Reed*, pour le procureur général du Canada (dans l'affaire du renvoi à la Cour d'appel de Terre-Neuve).

Michel Robert, Raynold Langlois et *Louis Reynolds*, pour le procureur général du Canada (dans l'affaire du renvoi à la Cour d'appel du Québec).

A. Kerr Twaddle, c.r., Douglas A.J. Schmeiser et *Brian F. Squair*, pour le procureur général du Manitoba.

John J. O'Neill, c.r., John J. Ashley et *James L. Thistle*, pour le procureur général de Terre-Neuve.

Colin K. Irving, Georges Emery, c.r., Lucien Bouchard et *Peter S. Martin*, pour le procureur général du Québec.

K. Lysyk, c.r., Darryl Bogdasavich et *John D. Whyte*, pour le procureur général de la Saskatchewan.

Ross W. Paisley, c.r., et *William Henkel, c.r.*, pour le procureur général de l'Alberta.

D. M. M. Goldie, c.r., E. R. A. Edwards et *C. F. Willms*, pour le procureur général de la Colombie-Britannique.

Gordon F. Coles, c.r., Reinhold M. Enders et *Mollie Dunsmuir*, pour le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Ian W. H. Bailey, pour le procureur général de l'Ile-du-Prince-Edouard.

Roy McMurtry, c.r., D. W. Mundell, c.r., John Cavarzan, c.r., et *Lorraine E. Weinrib*, pour le procureur général de l'Ontario.

Alan D. Reid et *Alfred R. Landry, c.r.*, pour le procureur général du Nouveau-Brunswick.

D'Arcy C. H. McCaffrey, c.r., pour Four Nations Confederacy Inc.

THE CHIEF JUSTICE AND DICKSON, BEETZ, ESTEY, MCINTYRE, CHOUINARD AND LAMER JJ.—

I

Three appeals as of right are before this Court, concerning in the main common issues. They arise out of three References made, respectively, to the Manitoba Court of Appeal[4], to the Newfoundland Court of Appeal[5] and to the Quebec Court of Appeal[6] by the respective governments of the three provinces.

Three questions were posed in the Manitoba Reference, as follows:

1. If the amendments to the Constitution of Canada sought in the 'Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada', or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected, and if so, in what respect or respects?

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

3. Is the agreement of the provinces of Canada constitutionally required for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments?

The same three questions were asked in the Newfoundland Reference and, in addition, a fourth question was put in these terms:

[4] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.
[5] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.
[6] [1981] C.A. 80; (1981), 120 D.L.R. (3d) 385.

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES DICKSON, BEETZ, ESTEY, MCINTYRE, CHOUINARD ET LAMER—

I

Les trois pourvois, de plein droit devant cette Cour, portent dans l'ensemble sur des questions litigieuses communes. Ils découlent de trois renvois soumis respectivement à la Cour d'appel du Manitoba[4], à la Cour d'appel de Terre-Neuve[5] et à la Cour d'appel du Québec[6] par les gouvernements respectifs des trois provinces.

Voici les trois questions posées dans le renvoi du Manitoba:

1. L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le «Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada» aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?
2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?
3. Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Le renvoi de Terre-Neuve pose trois questions identiques et y ajoute une quatrième en ces termes:

[4] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.
[5] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.
[6] [1981] C.A. 80.

4. If Part V of the proposed resolution referred to in question 1 is enacted and proclaimed into force could

(a) the Terms of Union, including terms 2 and 17 thereof contained in the Schedule to the *British North America Act, 1949* (12-13 George VI, c. 22 (U.K.)), or

(b) section 3 of the *British North America Act, 1871* (34-35 Victoria, c. 28 (U.K.))

be amended directly or indirectly pursuant to Part V without the consent of the Government, Legislature or a majority of the people of the Province of Newfoundland voting in a referendum held pursuant to Part V?

In the Quebec Reference there was a different formulation, two questions being asked which read:

[TRANSLATION] A. If the *Canada Act* and the *Constitution Act, 1981* should come into force and if they should be valid in all respects in Canada, would they affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

B. Does the Canadian Constitution empower, whether by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

The answers given by the judges of the Manitoba Court of Appeal, each of whom wrote reasons, are as follows:

Freedman C.J.M.:
Question 1—Not answered, because it is tentative and premature.
Question 2—No.
Question 3—No.

Hall, J.A.:
Question 1—Not answered because it is not appropriate for judicial response, and, in any

4. Si la partie V du projet de résolution dont il est fait mention à la question 1 est adoptée et mise en vigueur, est-ce que

a) les conditions de l'union, dont les conditions 2 et 17 qui se trouvent à l'annexe de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* (12-13 George VI, chap. 22 (R.-U.)) ou

b) l'article 3 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* (34-35 Victoria, chap. 28 (R.-U.))

pourraient être modifiés directement ou indirectement en vertu de la partie V, sans le consentement du gouvernement, de la législature ou d'une majorité de la population de la province de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum tenu en vertu de la partie V?

Dans le renvoi du Québec, la formulation est différente et les deux questions posées se lisent ainsi:

A. La *Loi sur le Canada* et la *Loi constitutionnelle de 1981* si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

B. La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Voici les réponses des juges de la Cour d'appel du Manitoba, qui ont tous rédigé des motifs:

[TRADUCTION]
Le juge Freedman, juge en chef du Manitoba:
Question 1: Pas de réponse parce que la question est hypothétique et prématurée.
Question 2: Non.
Question 3: Non.

Le juge Hall:
Question 1: Pas de réponse parce que la question ne se prête pas à une détermination judi-

event, the question is speculative and premature.

Question 2—Not answered because it is not appropriate for judicial response.

Question 3—No, because there is no legal requirement of provincial agreement to amendment of the Constitution as asserted in the question.

Matas, J.A.:

Question 1—Not answered, because it is speculative and premature.

Question 2—No.

Question 3—No.

O'Sullivan, J.A.:

Question 1—Yes, as set out in reasons.

Question 2—The constitutional convention referred to has not been established as a matter simply of precedent; it is, however, a constitutional principle binding in law that the House of Commons and Senate of Canada should not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland any measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the Provinces, their Legislatures or Governments without first obtaining the agreement of the Provinces.

Question 3—Yes, as set out in reasons.

Huband, J.A.:

Question 1—Yes.

Question 2—No.

Question 3—Yes.

The Newfoundland Court of Appeal, in reasons of the Court concurred in by all three judges who sat on the Reference, answered all three questions common to the Manitoba Reference in the affirmative. The Court answered the fourth question in this way [at pp. 30-31]:

(1) By s. 3 of the *British North America Act, 1871*, *Term 2* of the Terms of Union cannot now be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.

ciaire et, en tout état de cause, la question est théorique et prématurée.

Question 2: Pas de réponse parce que la question ne se prête pas à une détermination judiciaire.

Question 3: Non, parce que rien n'exige juridiquement l'accord provincial à une modification de la Constitution comme l'affirme la question.

Le juge Matas:

Question 1: Pas de réponse parce que la question est théorique et prématurée.

Question 2. Non.

Question 3: Non.

Le juge O'Sullivan:

Question 1: Oui, comme l'énoncent les motifs.

Question 2: On n'a prouvé l'existence de la convention constitutionnelle invoquée en tant que simple précédent; toutefois, il existe un principe constitutionnel juridiquement obligatoire selon lequel la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne devraient pas, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements.

Question 3: Oui, comme l'énoncent les motifs.

Le juge Huband:

Question 1: Oui.

Question 2: Non.

Question 3: Oui.

Dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve auxquels souscrivent les trois juges qui ont entendu le renvoi, les trois questions communes avec le renvoi du Manitoba reçoivent une réponse affirmative. La Cour répond à la quatrième question en ces termes [à la p. 30]:

[TRADUCTION]

(1) Vu l'art. 3 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871*, la *condition 2* des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(2) By s. 43 of the *Constitution Act, 1981*, as it now reads, none of the Terms of Union can be changed without the consent of the Newfoundland Legislative Assembly.

(3) Both of these sections can be changed by the amending formulae prescribed in s. 41 and the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.

(4) If the amending formula under s. 42 is utilized, both of these sections can be changed by a referendum held pursuant to the provisions of s. 42. In this event, the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature, but not without the consent of the majority of the Newfoundland people voting in a referendum.

The Quebec Court of Appeal, in reasons delivered by each of five judges who sat on the Reference, answered the two questions submitted to it as follows:

[TRANSLATION]

Question A: i) Yes (unanimously).
ii) Yes (unanimously).

Question B: i) Yes (Bisson J.A., dissenting, would answer no).
ii) Yes (Bisson J.A., dissenting, would answer no).

II

The References in question here were prompted by the opposition of six provinces, later joined by two others, to a proposed Resolution which was published on October 2, 1980 and intended for submission to the House of Commons and as well to the Senate of Canada. It contained an address to be presented to Her Majesty the Queen in right of the United Kingdom respecting what may generally be referred to as the Constitution of Canada. The address laid before the House of Commons on October 6, 1980, was in these terms:

To the Queen's Most Excellent Majesty:
Most Gracious Sovereign:

We, Your Majesty's loyal subjects, the House of Commons of Canada in Parliament assembled, respectfully approach Your Majesty, requesting that you may graciously be pleased to cause to be laid before the Parliament of the United Kingdom a measure containing the recitals and clauses hereinafter set forth:

(2) Vu l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1981*, dans son texte actuel, aucune des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de l'assemblée législative de Terre-Neuve.

(3) Ces deux articles peuvent être changés par les formules de modifications prévues à l'art. 41 et les conditions de l'union pourraient alors être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(4) Si la formule de modification de l'art. 42 est utilisée, les deux articles peuvent être changés par un référendum tenu conformément aux dispositions de cet article. En ce cas, les conditions de l'union pourraient être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve, mais non sans le consentement de la majorité de la population de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum.

Dans des motifs exposés par chacun des cinq juges qui ont entendu le renvoi, la Cour d'appel du Québec répond aux deux questions soumises en ces termes:

Question A: i) Oui (à l'unanimité).
ii) Oui (à l'unanimité).

Question B: i) Oui (monsieur le juge Bisson, dissident, répond non).
ii) Oui (monsieur le juge Bisson, dissident, répond non).

II

Les renvois en l'espèce découlent de l'opposition de six provinces, auxquelles deux autres se sont jointes, à un projet de résolution publié le 2 octobre 1980 pour être soumis à la Chambre des communes de même qu'au Sénat du Canada. Il contient une adresse à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni relativement à ce que l'on peut appeler en termes généraux la Constitution du Canada. Voici le texte de l'adresse déposée devant la Chambre des communes le 6 octobre 1980:

A Sa Très Excellente Majesté la Reine,
Très Gracieuse Souveraine:

Nous, membres de la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement, fidèles sujets de Votre Majesté, demandons respectueusement à Votre Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi ainsi conçu:

An Act to give effect to a request by the Senate and House of Commons of Canada

Whereas Canada has requested and consented to the enactment of an Act of the Parliament of the United Kingdom to give effect to the provisions hereinafter set forth and the Senate and the House of Commons of Canada in Parliament assembled have submitted an address to Her Majesty requesting that Her Majesty may graciously be pleased to cause a Bill to be laid before the Parliament of the United Kingdom for that purpose.

Be it therefore enacted by the Queen's Most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

1. The *Constitution Act, 1981* set out in Schedule B to this Act is hereby enacted for and shall have the force of law in Canada and shall come into force as provided in that Act.

2. No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1981* comes into force shall extend to Canada as part of its law.

3. So far as it is not contained in Schedule B, the French version of this Act is set out in Schedule A to this Act and has the same authority in Canada as the English version thereof.

4. This Act may be cited as the *Canada Act.*

Loi donnant suite à une demande du Sénat et de la Chambre des communes du Canada

Sa Très Excellente Majesté la Reine, considérant:

qu'à la demande et avec le consentement du Canada, le Parlement du Royaume-Uni est invité à adopter une loi visant à donner effet aux dispositions énoncées ci-après et que le Sénat et la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement ont présenté une adresse demandant à Sa Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi à cette fin,

sur l'avis et du consentement des Lords spirituels et temporels et des Communes réunis en Parlement, et par l'autorité de celui-ci, édicte:

1. La *Loi constitutionnelle de 1981*, énoncée à l'annexe B, est édictée pour le Canada et y a force de loi. Elle entre en vigueur conformément à ses dispositions.

2. Les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1981* ne font pas partie du droit du Canada.

3. La partie de la version française de la présente loi qui figure à l'annexe A a force de loi au Canada au même titre que la version anglaise correspondante.

4. Titre abrégé de la présente loi: *Loi sur le Canada.*

It will be noticed that included in the terms of the address are the words "cause to be laid before the Parliament of the United Kingdom" and that they are reflected in Question B put before the Quebec Court of Appeal. The proposed Resolution, as the terms of the address indicate, includes a statute which, in turn, has appended to it another statute providing for the patriation of the *British North America Act* (and a consequent change of name), with an amending procedure, and a *Charter of Rights and Freedoms* including a range of provisions (to be entrenched against legislative invasion) which it is unnecessary to enumerate. The proposed Resolution carried the approval of only two provinces, Ontario and New Brunswick, expressed by their respective governments. The opposition of the others, save Saskatchewan, was based on their assertion that both conventionally and legally the consent of all the provinces was required for the address to go forward to Her

Il convient de noter que le texte de l'adresse comprend l'expression «de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni» que reflète la question B soumise à la Cour d'appel du Québec. Comme le texte de l'adresse l'indique, le projet de résolution comprend une loi qui, à son tour, porte en annexe un autre projet de loi qui prévoit le rapatriement de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (d'où le changement de nom), assorti d'une procédure de modification et d'une *Charte des droits et libertés* qui comprend une série de dispositions (à enchâsser pour prévenir l'empiétement du pouvoir législatif) qu'il n'est pas nécessaire d'énumérer. Seules deux provinces, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, ont donné leur approbation au projet de résolution par la voix de leur gouvernement respectif. A l'exclusion de la Saskatchewan, les autres fondent leur opposition sur l'affirmation qu'à la fois conventionnellement et juridiquement, le consentement de toutes les

Majesty with the appended statutes. Although there was general agreement on the desirability of patriation with an amending procedure, agreement could not be reached at conferences preceding the introduction of the proposed Resolution into the House of Commons, either on the constituents of such a procedure or on the formula to be embodied therein, or on the inclusion of a *Charter of Rights*.

The References to the respective courts of appeal were made and the hearings on the questions asked were held before the proposed Resolution was adopted. This fact underlays the unwillingness of judges in the Manitoba Court of Appeal to answer Question 1; changes might be made to the proposed Resolution in the course of debate and hence the assertion of prematurity.

The proposed Resolution, as adopted by the House of Commons on April 23, 1981 and by the Senate on April 24, 1981, achieved its final form (there were but a few amendments to the original proposal) almost on the eve of the hearings in this Court on the three appeals. Indeed, the opinions of the courts in all three References were given and certified before the ultimate adoption of the proposed Resolution. The result of its adoption by the Senate and by the House of Commons was to change the position of the Attorney General of Canada and of his two supporting interveners on the propriety of answering Question 1 in the Manitoba and Newfoundland References. He abandoned his initial contention that the question should not be answered.

III

The reference legislation under which the various questions were put to the three courts of appeal is in wide terms. The Manitoba legislation, *An Act for Expediting the Decision of Constitutional and other Provincial Questions*, R.S.M. 1970, c. C180 provides in s. 1 that the Lieutenant Governor in Council may refer to the Court of Queen's Bench or a judge thereof or to the Court of Appeal or a judge thereof for hearing or consideration "any matter which he thinks fit to refer". *The Judicature Act*, R.S.Nfld. 1970,

provinces est nécessaire pour que l'adresse avec les lois en annexe puisse être soumise à Sa Majesté. Bien que l'on ait été généralement d'accord que le rapatriement assorti d'une procédure de modification fût souhaitable, aucune entente ne s'est faite aux conférences qui ont précédé le dépôt du projet de résolution devant la Chambre des communes que ce soit sur les éléments de cette procédure ou sur la formule à inclure, ou sur l'inclusion d'une *Charte des droits*.

C'est avant l'adoption du projet de résolution que les renvois aux cours d'appel ont été formulés et qu'ont eu lieu les auditions sur les questions. Ceci est sous-jacent au refus des juges de la Cour d'appel du Manitoba de répondre à la question 1; le projet de résolution aurait pu subir des changements au cours du débat, d'où l'affirmation de prématurité.

Le projet de résolution qu'a adopté la Chambre des communes le 23 avril 1981 et le Sénat le 24 avril 1981, a pris sa forme définitive presqu'à la veille des auditions des trois pourvois par cette Cour; le projet original n'a subi que des modifications minimes. Evidemment, les cours dans les trois renvois ont rendu et certifié leurs opinions avant l'adoption définitive du projet de résolution. Son adoption par le Sénat et la Chambre des communes a eu pour effet de modifier la position du procureur général du Canada et des deux intervenants qui l'appuient, sur l'opportunité de répondre à la question 1 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve. Il a abandonné sa prétention initiale qu'il ne fallait pas y répondre.

III

Les lois sur les renvois en vertu desquelles les questions ont été soumises aux trois cours d'appel sont rédigées en termes larges. L'article 1 de la loi manitobaine, la *Loi relative à l'expédition des décisions provinciales d'ordre constitutionnel et autres*, L.R.M. 1970, chap. C180, prévoit que le lieutenant-gouverneur en conseil peut déférer à la Cour du Banc de la Reine ou à un de ses juges ou à la Cour d'appel ou à un de ses juges pour examen et audition [TRADUCTION] «toutes questions qu'il estime à-propos de déférer». La *Judica-*

c. 187, s. 6, as amended, similarly provides for a reference by the Lieutenant Governor in Council to the Court of Appeal of "any matter which he thinks fit to refer". The *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q. 1977, c. R-23, s. 1 authorizes the Government of Quebec to refer to the Court of Appeal for hearing and consideration "any question which it deems expedient". The scope of the authority in each case is wide enough to saddle the respective courts with the determination of questions which may not be justiciable and there is no doubt that those courts, and this Court on appeal, have a discretion to refuse to answer such questions.

ture Act, R.S.Nfld. 1970, chap. 187, art. 6, et modifications, prévoit également que le lieutenant-gouverneur en conseil peut déférer à la Cour d'appel [TRADUCTION] «toutes questions qu'il estime à-propos de déférer». La *Loi sur les renvois à la Cour d'appel*, L.R.Q. 1977, chap. R-23, art. 1, autorise le gouvernement du Québec à soumettre à la Cour d'appel pour audition et examen «toutes questions qu'il juge à-propos». Le pouvoir défini dans chaque cas a une portée suffisamment large pour imposer aux différentes cours de trancher des questions qui peuvent ne pas être justiciables des tribunaux et il ne fait aucun doute que ces cours, et cette Cour dans un pourvoi, ont le pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à de telles questions.

In the appeals now before this Court, it will have been noticed that three members of the Manitoba Court of Appeal refused to answer the first question before that Court as being tentative and premature or speculative and premature, and one of those judges, Hall J.A., refused to answer the second question as not being appropriate for judicial response. As has already been noted, the adoption of the proposed Resolution by the Senate and House of Commons changed the position of the Attorney General of Canada who conceded in this Court that it was answerable. There is no doubt in this Court that since the first question in the Manitoba and Newfoundland References and Question A in the Quebec Reference concern the construction of a document, especially one said to be in its final form, a justiciable issue is raised.

Pour ce qui est des pourvois maintenant devant cette Cour, on aura remarqué que trois juges de la Cour d'appel du Manitoba ont refusé de répondre à la première question dont ils étaient saisis parce qu'elle était hypothétique et prématurée ou théorique et prématurée et l'un d'eux, le juge Hall, a refusé de répondre à la deuxième question parce qu'elle ne se prêtait pas à une détermination judiciaire. Comme on l'a déjà dit, l'adoption du projet de résolution par le Sénat et la Chambre des communes a changé la position du procureur général du Canada qui a admis devant cette Cour qu'il s'agissait d'une question à laquelle on pouvait répondre. Il ne fait aucun doute maintenant que, puisque la première question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et la question A du renvoi du Québec visent l'interprétation d'un document, surtout un document qu'on dit être dans sa forme définitive, il s'agit d'un point justiciable des tribunaux.

There is equally no doubt that the third question in those two References and Question B in the Quebec Reference raise justiciable issues and, clearly, they must be answered when they raise questions of law. The different formulation of Question B in the Quebec Reference, addressed to the authority of the federal Houses by statute, convention or otherwise to cause the Constitution to be amended (as proposed by the Resolution) without the consent of the provinces, combines

Il ne fait également aucun doute que la troisième question de ces deux renvois et la question B du renvoi du Québec soulèvent des points justiciables des tribunaux et il est clair qu'il faut y répondre puisqu'ils soulèvent des questions de droit. La formulation différente de la question B du renvoi du Québec, qui vise le pouvoir des chambres fédérales de faire modifier par statut, convention ou autrement, la Constitution (comme le propose la résolution) sans l'assentiment des

issues raised separately in Questions 2 and 3 in the other References.

IV

A summary of the views expressed in the courts below on the various questions before them may usefully be set out at this point.

In the Manitoba Court of Appeal, the Chief Justice, Hall and Matas JJ.A. declined to answer Question 1 because they felt the question was speculative and premature. O'Sullivan and Huband JJ.A. in dissent each answered Question 1 in the affirmative.

The Chief Justice, Matas and Huband JJ.A. answered Question 2 in the negative. The Chief Justice canvassed previous amendments, and on that basis decided that no convention of provincial consent existed. Huband J.A. concurred with the Chief Justice. Matas J.A. also concurred, and went on to point out the numerous undefined and uncertain aspects of the alleged convention. Hall J.A. declined to answer Question 2, being of the opinion that conventions were in the realm of politics and inappropriate for judicial consideration. O'Sullivan J.A. in dissent, declined to find any convention in precedent, but nonetheless stated that there was a "constitutional principle" requiring provincial consent.

Question 3 was answered in the negative by the Chief Justice, Hall and Matas JJ.A. Any "crystallization" of a convention was denied, as was the allegation of provincial "sovereignty". The Chief Justice analyzed and rejected the "compact theory" as a source of legal obligation. He was further of the view that the "sovereignty" contended for by the provinces did not flow from the legislative supremacy granted by s. 92 of the *British North America Act*, but rather from something in the nature of an inherent right flowing from the fact of union. As such, it bore a direct relationship to the "compact theory", and was untenable. Hall J.A. unequivocally rejected the "compact theory" also, and denied that provincial supremacy within s. 92 created a legal requirement of provincial

provinces, combine les points soulevés séparément aux questions 2 et 3 des autres renvois.

IV

Il convient à ce stade de résumer les opinions exprimées par les cours d'appel sur les diverses questions dont elles étaient saisies.

En Cour d'appel du Manitoba, le Juge en chef et les juges Hall et Matas ont refusé de répondre à la question 1 parce qu'ils ont estimé la question hypothétique et prématurée. Les juges O'Sullivan et Huband en dissidence y ont répondu par l'affirmative.

Le Juge en chef et les juges Matas et Huband ont répondu à la question 2 par la négative. Le Juge en chef a analysé les modifications antérieures et, sur ce fondement, a conclu à l'inexistence d'une convention sur le consentement des provinces. Le juge Huband a souscrit aux motifs du Juge en chef. Le juge Matas y a aussi souscrit et a en outre souligné les multiples aspects flous et incertains de la prétendue convention. Le juge Hall a refusé de répondre à la question 2 puisqu'à son avis les conventions relèvent du domaine politique et ne se prêtent pas à une détermination judiciaire. Le juge O'Sullivan, en dissidence, a refusé de conclure à l'existence d'une convention à partir des précédents, mais a cependant déclaré qu'il existait un [TRADUCTION] «principe constitutionnel» qui exige le consentement des provinces.

Le Juge en chef et les juges Hall et Matas ont répondu à la question 3 par la négative. La «cristallisation» d'une convention de même que l'allégation de «souveraineté» des provinces a été rejetée. Le Juge en chef a analysé la «théorie du pacte» en tant que source d'obligation juridique et l'a rejetée. Il a en outre ajouté que la «souveraineté» que les provinces invoquent, ne découle pas de la suprématie législative accordée par l'art. 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, mais plutôt de quelque chose d'apparenté à un droit inhérent découlant du fait de l'union. A ce titre, dit-il, elle a un lien direct avec la «théorie du pacte» et est indéfendable. Le juge Hall a rejeté sans équivoque la «théorie du pacte» ainsi que l'idée que la suprématie des provinces aux termes de l'art. 92

consent to constitutional amendment. Matas J.A. noted that the *Statute of Westminster, 1931* gave the provinces no new powers over amendment, and he also set out various limitations upon provincial legislative supremacy. O'Sullivan J.A. in dissent discussed and accepted the "compact theory", and further held that provincial sovereignty within s. 92 made it illegal for anyone to interfere with that sovereignty without provincial consent. Huband J.A. agreed, without expressing any opinion on the "compact theory". He was of the view that the Crown in these matters must rely on the advice of its provincial ministers. Further, he said that the United Kingdom Parliament is a "bare legislative trustee" for both the provinces and the federal Parliament.

The Court of Appeal of Newfoundland began with Question 3. It stressed the *Statute of Westminster, 1931* and the discussions leading to its passage, found that the United Kingdom had renounced all legislative sovereignty over Canada, and acts as a "bare legislative trustee" of the provincial legislatures and the federal Parliament. The provinces, it said, were "autonomous communities", and the United Kingdom Parliament could not pass an amendment over their objections.

As to Question 2, the Court analyzed the precedents and various positions of political figures. Stress was placed upon the 1965 federal White Paper on "The Amendment of the Constitution of Canada", and on the few occasions when provincial consent was obtained. The Court concluded that the direction of constitutional thinking has been towards the recognition of the right of the provinces to be consulted, and answered Question 2 in the affirmative.

Addressing Question 1 in broad terms, the Court concluded it clearly must be answered in the affirmative.

Question 4, particular to the Newfoundland Reference, concerned the exact effect of the proposed amending formula upon the Terms of Union on which Newfoundland entered Confederation.

requiert juridiquement leur consentement aux modifications constitutionnelles. Le juge Matas a noté que le *Statut de Westminster, 1931* n'a pas donné aux provinces de nouveaux pouvoirs de modification et il a également énoncé les différentes limites de la suprématie législative provinciale. Le juge O'Sullivan, dissident, a analysé la «théorie du pacte» et l'a acceptée; il a en outre conclu que la souveraineté des provinces aux termes de l'art. 92 rend illégale toute atteinte à cette souveraineté sans leur consentement. Le juge Huband a donné son accord sans exprimer d'opinion sur la «théorie du pacte». A son avis, la Couronne doit s'appuyer sur l'avis de ses ministres provinciaux pour ces questions. En outre, il a dit que le Parlement du Royaume-Uni est un «simple fiduciaire législatif» à la fois pour les provinces et pour le Parlement fédéral.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a commencé par la question 3. Elle a mis l'accent sur le *Statut de Westminster, 1931* et sur les discussions qui en ont amené l'adoption; elle a conclu que le Royaume-Uni a renoncé à toute souveraineté législative sur le Canada et qu'il agit à titre de «simple fiduciaire législatif» des législatures provinciales et du Parlement fédéral. Selon elle, les provinces sont des [TRADUCTION] «collectivités autonomes» et le Parlement du Royaume-Uni ne peut adopter de modifications nonobstant leurs objections.

Quant à la question 2, la cour a analysé les précédents et les différentes prises de position des personnalités politiques. Elle a particulièrement souligné le Livre blanc du gouvernement fédéral publié en 1965 sur les «Modifications de la Constitution du Canada» et les quelques occasions où le consentement des provinces a été obtenu. La cour a conclu que la tendance constitutionnelle a été de s'orienter vers la reconnaissance du droit des provinces d'être consultées et a répondu à la question 2 par l'affirmative.

Abordant la question 1 de façon générale, la cour a conclu qu'elle doit nettement recevoir une réponse affirmative.

La question 4, propre au renvoi de Terre-Neuve, porte sur l'effet précis du projet de formule de modification sur les Conditions de l'Union qui ont régi l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédéra-

The Court gave a complex answer which has already been quoted.

The Quebec Court of Appeal was in general faced with the same questions that were before the other courts although phrased in a different way. All five members of the Court delivered reasons.

The Court unanimously answered Question A in the affirmative. Four members of the Court answered Question B in the affirmative, Bisson J.A. dissenting. As to Question B, the Chief Justice of Quebec rejected any convention of provincial consent, and noted rather that any convention was in favour of the federal Parliament alone proceeding by joint resolution. The effect of the *Statute of Westminster, 1931* was simply to leave the legal power to amend the Constitution in the United Kingdom Parliament.

Owen J.A. stated that although the Resolution was not specifically authorized by statute, the inherent power of Parliament justified the action. He rejected the "sovereignty", convention and "compact theory" arguments by reference to the reasons of Turgeon J.A. He noted that the provincial argument was weakened by the fact that Canada is not "the theoretical ideal confederation contemplated by text-book writers".

Turgeon J.A. affirmed that the power to amend before 1931 was in the United Kingdom Parliament, and the *Statute of Westminster, 1931* changed nothing. He listed the various fetters on provincial legislative supremacy, and noted that only the federal Parliament could act extra-territorially. After a lengthy analysis of previous amendments, he denied the existence of any convention of provincial consent. He also held the "compact theory" to be without historical or legal support.

Bélanger J.A. doubted whether a resolution, as a matter of internal Parliamentary procedure, was susceptible to review by a court. Nonetheless, he answered Question B in the affirmative, concurring with the Chief Justice and Turgeon J.A., and asking rhetorically whether it was the "essence of

tion. La cour y a donné une réponse complexe déjà citée.

La Cour d'appel du Québec avait de façon générale à répondre aux mêmes questions que celles soumises aux autres cours quoique leur formulation fût différente. Les cinq membres de la cour ont rédigé des motifs.

La cour à l'unanimité a répondu à la question A par l'affirmative. Quatre membres de la cour ont répondu à la question B par l'affirmative, le juge Bisson étant dissident. Quant à la question B, le Juge en chef du Québec a rejeté l'existence d'une convention relative au consentement provincial et a noté par contre que toute convention existante favoriserait l'action unilatérale du Parlement fédéral par voie de résolution conjointe. Le seul effet du *Statut de Westminster, 1931* a été de laisser l'autorité légale de modifier la Constitution au Parlement du Royaume-Uni.

Selon le juge Owen, bien que la résolution ne soit pas précisément autorisée par statut, le pouvoir inhérent du Parlement justifie son action. Il a rejeté les arguments fondés sur la «souveraineté», la convention et la «théorie du pacte» en renvoyant aux motifs du juge Turgeon. Il a souligné que l'argument provincial était affaibli du fait que le Canada n'est pas [TRADUCTION] «la confédération théorique idéale dont parlent les auteurs».

Le juge Turgeon a affirmé qu'avant 1931, le pouvoir de modifier la Constitution relevait du Parlement du Royaume-Uni et que le *Statut de Westminster, 1931* n'y a rien changé. Il a énuméré les diverses entraves à la suprématie législative provinciale et a souligné que seul le Parlement fédéral a le pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale. Après une longue analyse des modifications antérieures, il a nié l'existence d'une convention relative au consentement des provinces. Il a aussi conclu que la «théorie du pacte» n'a aucun appui historique ni juridique.

Le juge Bélanger a exprimé des doutes sur le point de savoir si une résolution, en tant qu'élément de la procédure parlementaire interne, pouvait être soumise à l'examen d'un tribunal. Il a néanmoins répondu à la question B par l'affirmative, en souscrivant aux motifs du Juge en chef et

a federal union" that it remain stagnant and incapable of evolution in the face of perhaps only one provincial objection.

Bisson J.A. dissented on Question B, and characterized the Resolution as a "quasi-legislative" act. In upholding provincial "sovereignty", he stressed the conferences and resolutions which preceded Confederation and which were given "legislative sanction" in the *British North America Act*. Canada, he held, was a "quasi-federation". Although provincial sovereignty was limited in some ways, nonetheless, the federal Parliament could not proceed alone. This, he said, was borne out by past practice.

V

The reasons which now follow deal with Questions 1 and 3 in the Manitoba and Newfoundland References, with Question 4 in the Newfoundland Reference, with Question A in the Quebec Reference and with Question B in that Reference in its legal aspect. Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and Question B in the Quebec Reference in its comparable conventional aspect are dealt with in separate reasons.

VI

On the footing of the adopted Resolution, the Attorney General of Canada agrees that Question 1 in the Manitoba and Newfoundland References and Question A in the Quebec Reference should be answered in the affirmative as is asserted by the Attorneys General of Manitoba, Newfoundland and Quebec. Certainly, it is plain that under the terms of the enactments proposed in the Resolution, the legislative powers of the provincial legislatures would be affected, indeed, limited by the *Charter of Rights and Freedoms*. The limitations of the proposed *Charter of Rights and Freedoms* on legislative power apply both at the federal level and the provincial level. This does not, however, alter the fact that there is an intended suppression of provincial legislative power. Moreover, the enhancement of provincial legislative authority under some provisions of the proposed enactment,

du juge Turgeon et en se demandant de façon rhétorique s'il est de l'«essence de cette union fédérale» qu'elle demeure stagnante et incapable d'évolution même devant l'opposition d'une seule province.

Le juge Bisson dissident sur la question B a qualifié la résolution d'acte «quasi législatif». En confirmant la «souveraineté» provinciale, il a mis en relief les conférences et les résolutions qui ont précédé la Confédération et qui ont reçu une «sanction législative» dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Le Canada, a-t-il conclu, est une «quasi-fédération». Bien que la souveraineté provinciale ait été limitée d'une certaine façon, le Parlement fédéral ne peut néanmoins agir seul. C'est, a-t-il dit, ce qui ressort de la pratique.

V

Les motifs qui suivent traitent des questions 1 et 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de la question 4 du renvoi de Terre-Neuve, ainsi que de la question A du renvoi du Québec et de l'aspect juridique de la question B de ce renvoi. Des motifs distincts traitent de la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de l'aspect conventionnel de la question B du renvoi du Québec qui est comparable.

VI

A la lumière de la résolution telle qu'adoptée, le procureur général du Canada convient qu'il faut répondre à la question 1 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la question A du renvoi du Québec par l'affirmative comme le font valoir les procureurs généraux du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec. Indubitablement, les termes du projet de loi inclus dans la résolution auraient un effet sur les pouvoirs législatifs des législatures provinciales qui seraient, de fait, limités par la *Charte des droits et libertés*. Les limitations qu'impose le projet de *Charte des droits et libertés* sur le pouvoir législatif s'appliquent tant à l'ordre fédéral qu'à l'ordre provincial. Ceci ne change toutefois pas le fait qu'on envisage la suppression d'un pouvoir législatif provincial. En outre, l'accroissement du pouvoir législatif provincial en vertu de certaines dispositions du projet de loi,

as for example, in respect of resource control, including interprovincial export, (albeit subject to federal paramountcy) and in respect of taxing power does not alter the fact that there is an effect on existing federal-provincial relationships under these and other provisions of the draft statute intended for submission to enactment by the Parliament of the United Kingdom.

The simple answer "yes" to Question 1 and Question A answers both of them sufficiently, even though Question 1 asks also "in what respect or respects" would federal-provincial relationships and provincial powers, rights or privileges be affected. Counsel were agreed that it would carry them and the Court into considerable exposition of detail if this aspect of Question 1 were to be explored; for the time being, an affirmative answer to the primary issue in the question would satisfy all concerned.

VII

Coming now to Question 3 in the Manitoba and Newfoundland References and Part B (on its legal side) in the Quebec Reference. By reason of the use of the words "constitutionally required" in Question 3, the question imports both legal and conventional issues, and as the latter are dealt with in separate reasons, what follows is concerned only with the legal side of Question 3 in the Manitoba and Newfoundland References and Part B (on its legal side) in the Quebec Reference, which meets the submissions of all counsel on this issue.

There are two broad aspects to the matter under discussion which divide into a number of separate issues: (1) the authority of the two federal Houses to proceed by resolution where provincial powers and federal-provincial relationships are thereby affected and (2) the role or authority of the Parliament of the United Kingdom to act on the Resolution. The first point concerns the need of legal power to initiate the process in Canada; the second concerns legal power or want of it in the Parliament of the United Kingdom to act on the Resolution when it does not carry the consent of the provinces.

comme par exemple le contrôle des ressources, y compris l'exportation interprovinciale (quoique soumise au pouvoir prépondérant du fédéral) et le pouvoir de taxation, ne change pas le fait que ces dispositions du projet de loi ainsi que d'autres dispositions soumises à l'adoption par le Parlement du Royaume-Uni auront un effet sur les relations fédérales-provinciales existantes.

Répondre simplement par «oui» à la question 1 et à la question A suffit dans les deux cas, même si la question 1 soulève aussi le point de savoir «à quel(s) égard(s)» cela aurait un effet sur les relations fédérales-provinciales et les pouvoirs, les droits ou les privilèges provinciaux. Les procureurs ont convenu que si cet aspect de la question 1 devait être exploré, cela amènerait la Cour et eux-mêmes à entrer beaucoup trop dans les détails; pour l'instant, une réponse affirmative au point principal de la question satisfait toutes les parties en cause.

VII

Abordons maintenant la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et la partie B (l'aspect juridique) du renvoi du Québec. L'utilisation des mots «constitutionnellement nécessaire» à la question 3 soulève à la fois des points juridiques et conventionnels et comme des motifs distincts portent sur ces derniers, la suite de ces motifs ne traite que de l'aspect juridique de la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de la partie B (l'aspect juridique) du renvoi du Québec, ce qui est conforme aux prétentions de tous les procureurs sur ce point.

Il y a deux aspects généraux de l'affaire qui se divisent en plusieurs points distincts: (1) l'autorité des deux chambres fédérales de procéder par résolution lorsque cela a un effet sur les pouvoirs provinciaux et les relations fédérales-provinciales et (2) le rôle ou l'autorité du Parlement du Royaume-Uni de donner effet à la résolution. Le premier point porte sur la nécessité de détenir un pouvoir légal de déclencher le processus au Canada; le second porte sur l'existence ou le défaut d'un pouvoir légal aux mains du Parlement du Royaume-Uni pour donner effet à la résolution qui n'a pas reçu l'assentiment des provinces.

The submission of the eight provinces which invites this Court to consider the position of the British Parliament is based on the *Statute of Westminster, 1931* in its application to Canada. The submission is that the effect of the Statute is to qualify the authority of the British Parliament to act on the federal Resolution without previous provincial consent where provincial powers and interests are thereby affected, as they plainly are here. This issue will be examined later in these reasons.

Two observations are pertinent here. First, we have the anomaly that although Canada has international recognition as an independent, autonomous and self-governing state, as, for example, a founding member of the United Nations, and through membership in other international associations of sovereign states, yet it suffers from an internal deficiency in the absence of legal power to alter or amend the essential distributive arrangements under which legal authority is exercised in the country, whether at the federal or provincial level. When a country has been in existence as an operating federal state for more than a century, the task of introducing a legal mechanism that will thereafter remove the anomaly undoubtedly raises a profound problem. Secondly, the authority of the British Parliament or its practices and conventions are not matters upon which this Court would presume to pronounce.

The proposition was advanced on behalf of the Attorney General of Manitoba that a convention may crystallize into law and that the requirement of provincial consent to the kind of resolution that we have here, although in origin political, has become a rule of law. (No firm position was taken on whether the consent must be that of the governments or that of the legislatures.)

In our view, this is not so. No instance of an explicit recognition of a convention as having matured into a rule of law was produced. The very nature of a convention, as political in inception and as depending on a consistent course of political recognition by those for whose benefit and to whose detriment (if any) the convention developed

La prétention des huit provinces qui invitent cette Cour à examiner la position du Parlement britannique est fondée sur l'application du *Statut de Westminster, 1931* au Canada. Elles prétendent que le Statut limite l'autorité du Parlement britannique de donner effet à la résolution fédérale sans l'assentiment préalable des provinces si cette dernière a un effet sur leurs pouvoirs et intérêts, comme c'est le cas en l'espèce. Ce point sera examiné ultérieurement dans ces motifs.

A ce stade, il convient de faire deux observations. Tout d'abord, il y a l'anomalie due au fait que sur le plan international le Canada a le statut d'Etat indépendant et autonome, par exemple en tant que membre fondateur des Nations-Unies et par son appartenance à d'autres groupements internationaux d'Etats souverains, tout en souffrant d'une faille interne due à l'absence du pouvoir de modifier ou de changer les arrangements essentiels de répartition des pouvoirs aux termes desquels l'autorité légale est exercée dans ce pays, tant au niveau fédéral que provincial. Quand un pays existe sous forme d'Etat fédéral depuis plus d'un siècle, la tâche d'adopter un mécanisme juridique apte à supprimer l'anomalie dont nous venons de parler soulève une difficulté profonde. En second lieu, l'autorité du Parlement britannique ou ses pratiques et conventions ne sont pas des affaires sur lesquelles cette Cour se permettrait de statuer.

Le procureur général du Manitoba fait valoir qu'une convention peut se cristalliser en règle de droit et que l'obligation d'obtenir l'assentiment des provinces au genre de résolution telle la présente, bien que d'origine politique, est devenue une règle de droit. (Personne n'a pris de position ferme sur le point de savoir si l'assentiment doit être celui des gouvernements ou celui des législatures.)

A notre avis, il n'en est pas ainsi. On n'a pas cité de cas de reconnaissance explicite d'une convention qui soit devenue une règle de droit. Il est impossible d'imposer en droit une convention vu sa nature même: l'origine en est politique et elle est intimement liée à une reconnaissance politique continue de ceux pour le bénéfice et au détriment

over a considerable period of time is inconsistent with its legal enforcement.

The attempted assimilation of the growth of a convention to the growth of the common law is misconceived. The latter is the product of judicial effort, based on justiciable issues which have attained legal formulation and are subject to modification and even reversal by the courts which gave them birth when acting within their role in the state in obedience to statutes or constitutional directives. No such parental role is played by the courts with respect to conventions.

It was urged before us that a host of cases have given legal force to conventions. This is an overdrawn proposition. One case in which direct recognition and enforcement of a convention was sought is *Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George*[7]. There the Privy Council rejected the assertion that a convention formally recognized by the United Kingdom as established, namely, that it would not legislate for Southern Rhodesia on matters within the competence of the latter's legislature without its government's consent, could not be overridden by British legislation made applicable to Southern Rhodesia after the unilateral declaration of independence by the latter's government. Speaking for the Privy Council, Lord Reid pointed out that although the convention was a very important one, "it had no legal effect in limiting the legal power of Parliament" (at p. 723). And, again (at the same page):

> It is often said that it would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them the courts could not hold the Act of Parliament invalid. It may be that it would have been thought, before 1965, that it would be unconstitutional to disregard this convention. But it may also be that the unilateral Declaration of Independence released the United Kingdom from any obligation to observe the convention. Their Lordships in declaring the law are not

[7] [1969] 1 A.C. 645.

(le cas échéant) desquels elle s'est développée sur une période de temps considérable.

On fait erreur en tentant d'assimiler l'évolution d'une convention et celle de la *common law*. Cette dernière est le produit des travaux du judiciaire fondés sur des questions justiciables des tribunaux et dont la formulation est juridique; les tribunaux qui en sont les auteurs peuvent les modifier et même les renverser dans l'exercice de leur rôle dans l'Etat conformément aux lois ou aux directives constitutionnelles. Les tribunaux ne jouent pas de rôle parental semblable à l'égard des conventions.

On nous a fait valoir avec insistance qu'une myriade d'affaires ont donné une force juridique à des conventions. Cette proposition va trop loin. Dans *Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George*[7], on cherchait à obtenir la reconnaissance directe d'une convention et son exécution. Le Conseil privé a rejeté l'affirmation qu'une convention dont le Royaume-Uni avait formellement reconnu l'existence, savoir, qu'il ne légiférerait pas pour la Rhodésie du Sud sur des questions de la compétence de la législature de ce pays sans le consentement de son gouvernement, ne pouvait pas être annulée par des lois britanniques rendues applicables à la Rhodésie du Sud après la déclaration unilatérale d'indépendance du gouvernement de ce pays. Au nom du Conseil privé, lord Reid a souligné que même si la convention était très importante [TRADUCTION] «elle n'avait pas pour effet juridique de limiter le pouvoir du Parlement» (à la p. 723). Et, plus loin (à la même page):

> [TRADUCTION] On dit souvent que le Parlement du Royaume-Uni agirait de façon inconstitutionnelle s'il faisait certaines choses, en voulant dire que les raisons morales, politiques et autres de s'abstenir sont si fortes que la plupart des gens considéreraient tout à fait abusif que le Parlement les fasse. Mais cela ne signifie pas que le Parlement n'a pas le pouvoir de les faire. Si le Parlement décide de les faire, les tribunaux ne pourront conclure que la loi du Parlement est invalide. Il est possible qu'avant 1965, on ait pu penser qu'il serait inconstitutionnel de ne pas tenir compte de cette convention. Mais il se peut aussi que la déclaration unilatérale d'indépendance ait délié le Royaume-Uni de l'obligation de respecter la convention. En disant le droit, leurs

[7] [1969] 1 A.C. 645.

concerned with these matters. They are only concerned with the legal powers of Parliament.

Counsel for Manitoba sought to distinguish this case on the ground that the *Statute of Westminster, 1931* did not embrace Southern Rhodesia, a point to which the Privy Council adverted. The *Statute of Westminster, 1931* will be considered later in these reasons, but if it had been in force in Southern Rhodesia it would be only under its terms and not through any conventional rule *per se* that the Parliament of the United Kingdom would have desisted from legislating for Southern Rhodesia.

Quite a number of cases were cited on which counsel for Manitoba relied to support his contention of conventions crystallizing into law. The chief support put forward for the "crystallization into law" proposition was the opinion of Duff C.J. in *References re The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*[8], better known as the *Labour Conventions* case when appealed to the Privy Council[9], which took a different view on the constitutional merits than did the equally divided Supreme Court of Canada. The issue, so far as it touched the matter under discussion here, concerned the alleged want of power of the Governor General in Council, the federal executive, to enter into a treaty or accept an international obligation toward and with a foreign state, especially where the substance of the treaty or obligation related to matters which, legislatively within Canada, were within exclusive provincial competence.

The following portion of the reasons of Duff C. J. contains the passage relied on, but extends it for more accurate context (at pp. 476-78):

With reference to the Report of the Conference of 1926, which in explicit terms recognizes treaties in the form of agreements between governments (to which His Majesty is not, in form, a party), it is said that since an Imperial Conference possesses no legislative power, its declarations do not operate to effect changes in the law, and it is emphatically affirmed that, in point of strict law, neither the Governor General nor any other

[8] [1936] S.C.R. 461.
[9] [1937] A.C. 326.

Seigneuries ne s'occupent pas de ces questions. Elles s'en tiennent seulement aux pouvoirs du Parlement.

Le procureur du Manitoba a cherché à distinguer cette affaire au motif que le *Statut de Westminster, 1931* ne s'applique pas à la Rhodésie du Sud, point que le Conseil privé avait mentionné. Le *Statut de Westminster, 1931* sera examiné ultérieurement dans ces motifs, mais s'il s'était appliqué à la Rhodésie du Sud, ce serait seulement de par sa teneur et non à cause d'une règle conventionnelle que le Parlement du Royaume-Uni aurait cessé de légiférer pour la Rhodésie du Sud.

Le procureur du Manitoba invoque un bon nombre de décisions pour appuyer sa prétention que des conventions se sont cristallisées en règle de droit. Le principal appui à la théorie de la «cristallisation en règle de droit» est l'opinion du juge en chef Duff dans le *Renvoi relatif à The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*[8], mieux connu sous le nom de l'affaire des *Conventions de travail* utilisé lors de l'appel au Conseil privé[9]; ce dernier y a adopté un point de vue différent sur les valeurs constitutionnelles de celui également divisé de la Cour suprême du Canada. Dans la mesure où le point en litige a un lien avec la question discutée ici, il s'agissait du prétendu défaut de pouvoir du gouverneur général en conseil, l'exécutif fédéral, de conclure un traité ou d'accepter une obligation internationale envers un Etat étranger, notamment lorsque la substance du traité ou de l'obligation se rapporte à des questions qui, au Canada, relèvent législativement de la compétence exclusive des provinces.

La portion suivante des motifs de sir Lyman Duff contient le passage invoqué replacé dans le contexte (aux pp. 476 à 478):

[TRADUCTION] Pour ce qui est du Rapport de la Conférence de 1926, qui, en termes explicites, reconnaît les traités sous forme de conventions entre gouvernements (auxquels Sa Majesté n'est pas partie en pratique), on fait valoir que puisqu'une conférence impériale ne possède pas de pouvoir législatif, ses déclarations n'ont pas pour effet de changer le droit et on affirme énergiquement que, du point de vue du droit strict, ni le

[8] [1936] R.C.S. 461.
[9] [1937] A.C. 326.

Canadian authority has received from the Crown power to exercise the prerogative.

The argument is founded on the distinction it draws between constitutional convention and legal rule; and it is necessary to examine the contention that, in point of legal rule, as distinct from constitutional convention, the Governor General in Council had no authority to become party by ratification to the convention with which we are concerned.

There are various points of view from which this contention may be considered. First of all, constitutional law consists very largely of established constitutional usages recognized by the Courts as embodying a rule of law. An Imperial Conference, it is true, possesses no legislative authority. But there could hardly be more authoritative evidence as to constitutional usage than the declarations of such a Conference. The Conference of 1926 categorically recognizes treaties in the form of agreements between governments in which His Majesty does not formally appear, and in respect of which there has been no Royal intervention. It is the practice of the Dominion to conclude with foreign countries agreements in such form, and agreements even of a still more informal character—merely by an exchange of notes. Conventions under the auspices of the Labour Organization of the League of Nations invariably are ratified by the Government of the Dominion concerned. As a rule, the crystallization of constitutional usage into a rule of constitutional law to which the Courts will give effect is a slow process extending over a long period of time; but the Great War accelerated the pace of development in the region with which we are concerned, and it would seem that the usages to which I have referred, the practice, that is to say, under which Great Britain and the Dominions enter into agreements with foreign countries in the form of agreements between governments and of a still more informal character, must be recognized by the Courts as having the force of law.

Indeed, agreements between the Government of Canada and other governments in the form of an agreement between Governments, to which His Majesty is not a party, have been recognized by the Judicial Committee of the Privy Council as adequate in international law to create an international obligation binding upon Canada (*Radio Reference*, [1932] A. C. 304.)

. . .

Ratification was the effective act which gave binding force to the convention. It was, as respects Canada, the act of the Government of Canada alone, and the decision mentioned appears, therefore, to negative decisively

gouverneur général ni aucune autre autorité canadienne n'a reçu de la Couronne le pouvoir d'exercer la prérogative.

L'argument est fondé sur la distinction qu'il fait entre une convention constitutionnelle et une règle de droit; il est donc nécessaire d'examiner la prétention que, du point de vue de la règle de droit que l'on distingue d'une convention constitutionnelle, le gouverneur général en conseil n'a pas le pouvoir de devenir partie en ratifiant la convention que nous examinons.

On peut considérer cette prétention de différentes façons. Tout d'abord, le droit constitutionnel est très largement formé d'usages constitutionnels établis auxquels les tribunaux reconnaissent la valeur d'une règle de droit. Une conférence impériale, il est vrai, ne possède aucune autorité législative. Mais il ne peut quasiment pas y avoir de preuve plus autorisée de l'usage constitutionnel que les déclarations de pareille conférence. La Conférence de 1926 a catégoriquement reconnu les traités sous forme de conventions entre gouvernement auxquels Sa Majesté ne comparaît pas formellement et à l'égard desquels il n'y a pas eu d'intervention royale. Le Dominion a pour pratique de conclure des conventions de cette nature avec des pays étrangers, et des conventions d'un type encore moins formel, simplement par un échange de notes. Les conventions conclues sous les auspices de l'Organisation du travail de la Ligue des Nations sont invariablement ratifiées par le gouvernement du Dominion en cause. En règle générale, la cristallisation de l'usage constitutionnel en une règle de droit constitutionnel à laquelle les tribunaux donneront effet, est un processus lent qui s'étend sur une longue période; mais la Grande guerre a accéléré le rythme dans ce domaine et apparemment les usages dont j'ai parlé, la pratique, en d'autres termes, en vertu de laquelle la Grande-Bretagne et les Dominions concluent des conventions avec des pays étrangers sous forme de conventions entre gouvernements et celles d'un type encore moins formel, doit être reconnue par les tribunaux comme ayant force de loi.

D'ailleurs, le Comité judiciaire du Conseil privé à reconnu que les conventions entre le gouvernement du Canada et d'autres gouvernements sous forme d'une convention entre gouvernements, à laquelle Sa Majesté n'est pas partie, créent en droit international une obligation internationale liant le Canada (*Renvoi sur la Radio*, [1932] A.C. 304.)

. . .

La ratification est l'acte précis qui donne force obligatoire à la convention. Pour ce qui est du Canada, c'est l'acte du gouvernement du Canada seul, et la décision mentionnée semble donc nier catégoriquement la préten-

the contention that, in point of strict law, the Government of Canada is incompetent to enter into an international engagement.

What the learned Chief Justice was dealing with was an evolution which is characteristic of customary international law; the attainment by the Canadian federal executive of full and independent power to enter into international agreements. (Indeed, in speaking of "convention" in the last quoted paragraph, he was referring to an international agreement and, similarly, in the use of the word in the second last line of the second paragraph of the quotation and again in the middle of the third paragraph.) International law perforce has had to develop, if it was to exist at all, through commonly recognized political practices of states, there being no governing constitution, no legislating authority, no executive enforcement authority and no generally accepted judicial organ through which international law could be developed. The situation is entirely different in domestic law, in the position of a state having its own governing legislative, executive and judicial organs and, in most cases, an overarching written constitution.

Chief Justice Duff indicated his view of convention as allegedly maturing into law in a domestic setting in *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*[10]. There it was urged that a certain portion of s. 90 of the *British North America Act* (incorporating, in respect of the provinces, ss. 56 and 57, with some modification) had by reason of convention become spent and was suspended by the alleged convention. As to this, the Chief Justice said (at p. 78):

> We are not concerned with constitutional usage. We are concerned with questions of law which, we repeat, must be determined by reference to the enactments of the *British North America Acts* of 1867 to 1930, the *Statute of Westminster*, and, it might be, to relevant statutes of the Parliament of Canada if there were any.
>
> Section 90 which, with the changes therein specified, re-enacts sections 55, 56 and 57 of the *B.N.A. Act*, is still subsisting. It has not been repealed or amended by

[10] [1938] S.C.R. 71.

tion que du point de vue du droit strict, le gouvernement du Canada n'a pas compétence pour conclure une entente internationale.

Le savant Juge en chef traitait alors d'une évolution qui est caractéristique du droit international coutumier, l'acquisition par l'exécutif fédéral canadien du plein pouvoir indépendant de conclure des conventions internationales. (D'ailleurs, en parlant de «convention» dans le dernier alinéa cité, il faisait référence à une convention internationale tout comme en utilisant le mot à l'avant-dernière ligne du deuxième alinéa et à nouveau au milieu du troisième alinéa de la citation.) Le droit international a dû nécessairement se développer, s'il devait exister, grâce aux pratiques politiques ordinairement reconnues des Etats, puisqu'il n'y avait aucune constitution applicable, aucun pouvoir législatif, aucun pouvoir exécutif pour leur application et aucun organe judiciaire généralement accepté par l'intermédiaire desquels le droit international pouvait se développer. La situation est entièrement différente en droit interne, dans le cas d'un Etat qui a ses propres organes législatif, exécutif et judiciaire et dans la plupart des cas une constitution écrite en clef de voûte.

Le juge en chef Duff a exprimé son opinion sur les conventions qui se muteraient en règle de droit dans le contexte interne dans le *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*[10]. On y avait fait valoir qu'en raison d'une prétendue convention, une partie de l'art. 90 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (qui incorpore à l'égard des provinces les art. 56 et 57 avec certaines modifications) était périmée et suspendue. A cet égard, le Juge en chef dit (à la p. 78):

> [TRADUCTION] L'usage constitutionnel n'est pas de notre ressort. Sont de notre ressort les questions de droit qui, nous le répétons, doivent être tranchées par rapport aux dispositions des *Actes de l'Amérique du Nord britannique* de 1867 à 1930, du *Statut de Westminster* et, peut-être, des lois pertinentes du Parlement du Canada s'il y en a.
>
> L'article 90 qui, avec les changements y mentionnés, adopte à nouveau les art. 55, 56 et 57 de l'*A.A.N.B.*, subsiste toujours. Il n'a pas été abrogé ni modifié par le

[10] [1938] R.C.S. 71.

the Imperial Parliament and it is quite clear that, by force of subsection 1 of section 7 of the *Statute of Westminster*, the Dominion Parliament did not acquire by that statute, any authority to repeal, amend or alter the *British North America Acts*. Whether or not, by force of section 91 (29) and section 92 (1) of the *B.N.A. Act*, the Dominion Parliament has authority to legislate in respect of reservation, it is not necessary to consider because no such legislation has been passed.

The powers are, therefore, subsisting. Are they subject to any limitation or restriction?

Once more, we are not concerned with constitutional usage or constitutional practice.

There is nothing in the other judgments delivered in the *Labour Conventions* case, either in the Supreme Court or in the Privy Council that takes the matter there beyond its international law setting or lends credence to the crystallization proposition urged by counsel for the Attorney General of Manitoba and, it should be said, supported by other provinces and by observations in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal. Other cases cited for the proposition turn out, on examination, to be instances where the courts proceeded on firm statutory or other legal principles. This is as true of the observation of Viscount Sankey on the position of the Privy Council in *British Coal Corp. and Others v. The King*[11], at p. 510, as it is of the denial of injunctive relief in respect of disclosure of the Crossman diaries in *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*[12]. The Court pointed out in the latter case that it had the power to restrain breaches of confidence where demanded in the public interest, although the confidence stemmed from a convention respecting cabinet deliberations. However, the need for restraint had gone because of the passage of time. The Court was applying its own legal principles as it might to any question of confidence, however it arose.

A close look at some other cases and issues raised on so-called crystallization reveals no support for the contention. Nothing need be said about Crown immunity or Crown prerogative, which rested firmly on common law principles and

[11] [1935] A.C. 500.
[12] [1976] 1 Q.B. 752.

Parlement impérial et il est tout à fait clair qu'en vertu du par. 7(1) du *Statut de Westminster*, le Parlement du Dominion n'a pas acquis de par cette loi le pouvoir d'abroger, de modifier ou de changer les *Actes de l'Amérique du Nord britannique*. Il n'est pas nécessaire d'examiner si par l'effet du par. 91(29) et du par. 92(1) de l'*A.A.N.B.*, le Parlement du Dominion a ou non le pouvoir de légiférer à l'égard du pouvoir de réserve, puisqu'aucune loi de ce genre n'a été adoptée.

Les pouvoirs subsistent donc. Sont-ils sujets à des limites ou restrictions?

Je réitère que ni l'usage constitutionnel ni la pratique constitutionnelle ne sont de notre ressort.

Rien dans les autres motifs exposés dans l'affaire des *Conventions de travail*, tant en Cour suprême qu'au Conseil privé, ne permet de changer son contexte qui en est un de droit international ni n'accorde créance à la théorie de la cristallisation que fait valoir l'avocat du procureur général du Manitoba avec, il faut le dire, l'appui d'autres provinces et des remarques faites dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve. Les autres décisions citées à l'appui de cette théorie s'avèrent à l'examen être des cas où les tribunaux ont statué à partir de principes législatifs ou d'autres principes juridiques établis. Cela s'applique autant à la remarque du vicomte Sankey sur la position du Conseil privé dans *British Coal Corp. and Others v. The King*[11] à la p. 510, qu'au refus d'accorder une injonction à l'égard de la divulgation du journal intime de Crossman dans *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd. and Others*[12]. La Cour a souligné dans cette dernière affaire qu'elle avait le pouvoir d'empêcher la violation de secrets lorsque l'intérêt public l'exigeait, même si les secrets découlaient d'une convention relative aux délibérations du Cabinet. Toutefois, la nécessité d'une protection avait disparu avec le passage du temps. La Cour appliquait ses propres principes juridiques comme elle l'aurait fait à toute question de secret, quelle qu'en soit l'origine.

Un examen approfondi d'autres affaires où il était question de cette prétendue cristallisation n'apporte aucun appui à la prétention. Il est inutile de parler de l'immunité ou de la prérogative de la Couronne qui s'appuyaient fermement sur des

[11] [1935] A.C. 500.
[12] [1976] 1 Q.B. 752.

have long since been transformed by various statutes. Among cases put forward, were *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*[13]; *Alexander E. Hull & Co. v. M'Kenna*[14] and *Copyright Owners Reproduction Society Ltd. v. E.M.I. (Australia) Proprietary Ltd.*[15]; *Blackburn v. Attorney-General*[16] and the judgment of this Court in the *Senate Reference, Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*[17].

In the *Commercial Cable Co.* case, a certain contract was held not to be binding on the Government of Newfoundland when it was not approved by a resolution of the House of Assembly as required by a rule of the House promulgated pursuant to statute. *Hull v. M'Kenna* was the first instance of an application for leave to appeal to the Privy Council from the Court of Appeal, the final Court of the Irish Free State, which had been recognized as a Dominion under a treaty with the United Kingdom. The question at issue was the application of Privy Council practice on petitions to it for leave to appeal. The legal issue, on which the case turned, was the manner in which the Privy Council exercised its discretion on such petitions.

The *Copyright Owners* case, somewhat involved in its facts, concerned the effect upon and in Australia of a British Act of 1928 and a subsequent Act of 1956. The latter Act repealed the British *Copyright Act* of 1911 which, pursuant to its terms had been brought into force in Australia by Commonwealth legislation. The British Act of 1911 expressly declared that it would not extend to a self-governing Dominion unless declared by the legislature of that Dominion to be in force there, and with certain limited modifications if thought desirable. The 1956 Act, as a post-*Statute of Westminster, 1931* Act did not apply to Australia when there was no declaration that the Commonwealth had requested and consented to its application. Hence the 1911 British Act was left in force in Australia; indeed, it was so protected under the 1956 British Act, although as Dixon C.J. noted, it

[13] [1916] 2 A.C. 610.
[14] [1926] I.R. 402.
[15] (1958), 100 C.L.R. 597.
[16] [1971] 2 All E.R. 1380.
[17] [1980] 1 S.C.R. 54.

principes de *common law* et que les lois ont transformées depuis longtemps. Parmi les décisions citées, on note *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*[13]; *Alexander E. Hull & Co. v. M'Kenna*[14] et *Copyright Owners Reproduction Society Ltd. v. E.M.I. (Australia) Proprietary Ltd.*[15]; *Blackburn v. Attorney-General*[16] et l'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi sur le Sénat, Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*[17].

Dans l'affaire *Commercial Cable Co.*, on a jugé que le gouvernement de Terre-Neuve n'était pas lié par un contrat qui n'avait pas été approuvé par une résolution de l'Assemblée conformément à une règle de cette dernière édictée en vertu de la loi. *Hull v. M'Kenna* était le premier cas de demande d'autorisation d'appeler au Conseil privé d'une cour d'appel, la plus haute cour de l'Etat libre d'Irlande qui avait le statut de Dominion en vertu d'un traité avec le Royaume-Uni. La question en litige était l'application de la pratique du Conseil privé face aux demandes d'autorisation d'appel devant lui. Le point de droit dont dépendait l'affaire était la façon dont le Conseil privé exerçait son pouvoir discrétionnaire en de tels cas.

L'affaire *Copyright Owners*, dont les faits sont assez complexes, concernait l'effet en Australie d'une loi britannique de 1928 et d'une loi ultérieure de 1956. Cette dernière abrogeait la *Copyright Act* britannique de 1911 qui, selon ses propres termes était applicable en Australie en tant que législation du Commonwealth. La loi britannique de 1911 déclarait expressément qu'elle ne s'appliquerait pas à un dominion autonome sauf si la législature de ce dominion la déclarait en vigueur avec des modifications limitées au besoin. La Loi de 1956, une loi postérieure au *Statut de Westminster, 1931*, ne s'appliquait pas à l'Australie puisqu'aucune déclaration n'indiquait que le Commonwealth en avait demandé l'application et y avait consenti. Ainsi, la loi britannique de 1911 était toujours en vigueur en Australie; de fait, elle était ainsi protégée par la loi britannique de 1956,

[13] [1916] 2 A.C. 610.
[14] [1926] I.R. 402.
[15] (1958), 100 C.L.R. 597.
[16] [1971] 2 All E.R. 1380.
[17] [1980] 1 R.C.S. 54.

was perhaps unnecessary to say so in view of s. 4 of the *Statute of Westminster, 1931*.

The real issue concerned the British Act of 1928 which confirmed a Board of Trade order, resulting in the increase of the royalty payable for reproduction of musical works beyond that fixed by the Act of 1911. There was provision in the 1911 Act for alteration of rates through an inquiry by the Board of Trade and the making of an order to be confirmed by statute. Although the *Statute of Westminster, 1931* was three years away, the High Court applied a rule of construction against any British legislative intention, even in 1928, to apply its legislation to Australia when it did not expressly say so. True, this took account of political practice but it was the Court's application of rules of interpretation which governed and the political practice would have counted for nothing if the British legislation of 1928 had been made expressly applicable to Australia. The following passage from the reasons of McTiernan J. is instructive (at p. 613):

> The rule of construction which found its source in the political and constitutional relations between the United Kingdom and the Commonwealth of Australia before the *Statute of Westminster* would raise a presumption that the Act of 1928 was not intended to operate of its own force in this country. Needless to say, it is a rule of construction which this Court would be expected to apply. The fact that the Parliament of the Commonwealth in adopting the *Copyright Act* 1911 (Imp.) made no special modifications in relation to s. 19 (3) does not seem to me to afford any reason for our departing from that rule of construction by holding that the Act of 1928 has force and effect in the Commonwealth. I think that it would be fanciful to say that although the latter Act does not apply in Australia as a piece of Imperial legislation, nevertheless, it may operate as no more than a fulfilment of the conditions prescribed by s. 19 (3) for altering the rates for the calculations of royalties.

An *obiter* of Lord Denning in the *Blackburn* case was urged before the Court to support the crystallization contention. The case itself arose through an attempt to stall negotiations for entry by the United Kingdom into the European Common Market on the ground that it would involve the surrender by the British Parliament of

même si, comme le juge en chef Dixon l'a noté, il était peut-être inutile de le dire vu l'art. 4 du *Statut de Westminster, 1931*.

Le véritable problème concernait la loi britannique de 1928 qui confirmait une ordonnance du Board of Trade, dont l'effet était d'augmenter la redevance payable pour la reproduction d'œuvres musicales par rapport à celle fixée par la Loi de 1911. La Loi de 1911 prévoyait la possibilité de modifier les taux suite à une enquête du Board of Trade qui devait adopter une ordonnance soumise à la confirmation du législateur. Trois ans avant le *Statut de Westminster, 1931* soit en 1928, la règle d'interprétation appliquée par la Haute Cour voulait qu'à moins de dispositions expresses au contraire, le législateur britannique n'ait pas eu l'intention que sa législation s'applique à l'Australie. Certes, cela tenait compte de la pratique politique, mais c'était l'application par la Cour des règles d'interprétation qui régissaient la question et la pratique politique n'aurait servi à rien si la loi britannique de 1928 avait été expressément applicable à l'Australie. Le passage suivant des motifs du juge McTiernan est instructif (à la p. 613).

> [TRADUCTION] La règle d'interprétation qui trouve sa source dans les relations politiques et constitutionnelles entre le Royaume-Uni et le Commonwealth d'Australie avant le *Statut de Westminster* crée une présomption que la Loi de 1928 ne devait pas s'appliquer automatiquement à ce pays. Il va sans dire que c'est une règle d'interprétation que cette cour doit appliquer. Le fait que le Parlement du Commonwealth n'a fait aucune modification particulière relativement au par. 19(3) en adoptant la *Copyright Act* 1911 (Imp.), ne fournit pas à mon avis de motif pour que l'on s'éloigne de cette règle d'interprétation en décidant que la Loi de 1928 a force obligatoire dans le Commonwealth. Je crois qu'il serait bizarre de dire que, bien que cette loi ne s'applique pas à l'Australie en tant que loi impériale, elle peut au plus avoir pour effet de remplir les conditions de modification des taux de calcul des redevances prescrites par le par. 19(3).

On a fait valoir devant la Cour un *obiter* de lord Denning dans l'arrêt *Blackburn* pour appuyer la théorie de la cristallisation. Cette affaire-là est née d'une tentative de bloquer les négociations sur l'entrée du Royaume-Uni dans le Marché commun européen aux motifs que cela impliquerait la renonciation du Parlement britannique à au moins

some at least of its traditional sovereignty. All three judges in the case agreed that there was no doubt of the power of the United Kingdom executive to enter into treaties and that this was beyond judicial control. Lord Denning's *obiter* was as follows (at pp. 1382-83):

We have all been brought up to believe that, in legal theory, one Parliament cannot bind another and that no Act is irreversible. But legal theory does not always march alongside political reality. Take the Statute of Westminster 1931, which takes away the power of Parliament to legislate for the dominions. Can anyone imagine that Parliament could or would reverse that statute? Take the Acts which have granted independence to the dominions and territories overseas. Can anyone imagine that Parliament could or would reverse those laws and take away their independence? Most clearly not. Freedom once given cannot be taken away. Legal theory must give way to practical politics . . . .

What are the realities here? If Her Majesty's Ministers sign this treaty and Parliament enacts provisions to implement it, I do not envisage that Parliament would afterwards go back on it and try to withdraw from it. But, if Parliament should do so, then I say we will consider that event when it happens. We will then say whether Parliament can lawfully do it or not.

Both sides referred us to the valuable article by Professor H W R Wade in the Cambridge Law Journal in which he said that 'sovereignty is a political fact for which no purely legal authority can be constituted'. That is true. We must wait to see what happens before we pronounce on sovereignty in the Common Market.

The relevance of this to the legal issues in the case is not clear. Certainly the other two judges who sat in the case, Salmon and Stamp L.JJ., were of the view that the only concern of the Court is with the interpretation of legislation when enacted, not with the Crown's conduct in entering into treaties.

Finally, there was an appeal to the *Senate Reference* decision of this Court. It is baffling how it can be said that this Court recognized convention as having *per se* grown into law. What was involved was a proposed federal enactment sought to be justified mainly under s. 91(1) of the *British North America Act*. This Court held that the

certains éléments de sa souveraineté traditionnelle. Les trois juges dans cette affaire ont convenu qu'il appartenait indubitablement au pouvoir exécutif du Royaume-Uni de conclure des traités et que cela échappait au contrôle judiciaire. Voici l'*obiter* de lord Denning (aux pp. 1382 et 1383):

[TRADUCTION] Notre formation nous porte tous à croire qu'en droit, un parlement ne peut en lier un autre et qu'aucune loi n'est irrévocable. Mais la théorie juridique ne va pas toujours de pair avec la réalité politique. Prenons le Statut de Westminster 1931, qui enlève au Parlement le pouvoir de légiférer pour les dominions. Peut-on imaginer que le Parlement pourrait ou voudrait révoquer cette loi? Prenons les lois qui ont accordé l'indépendance aux dominions et aux territoires d'outre-mer. Peut-on imaginer que le Parlement pourrait ou voudrait révoquer ces lois et leur enlever l'indépendance? Manifestement non. Une fois la liberté accordée, on ne peut l'enlever. La théorie juridique doit céder le pas devant la pratique politique . . .

Quelles sont les réalités en l'espèce? Si les ministres de Sa Majesté signent ce traité et si le Parlement adopte les dispositions pour le mettre en vigueur, je ne peux envisager que le Parlement en revienne ultérieurement et essaye de s'en retirer. Mais si le Parlement devait le faire, alors nous considérerons cette situation quand elle se produira. Nous dirons alors si le Parlement peut légalement le faire.

Les deux parties nous ont renvoyés à un article remarquable du professeur H W R Wade dans le Cambridge Law Journal où il dit que «la souveraineté est un fait politique qu'on ne peut appuyer sur une autorité purement juridique». C'est exact. Nous devons attendre de voir ce qui se produira avant de nous prononcer sur la souveraineté dans le Marché commun.

La pertinence de cet extrait sur les points de droit qui étaient en litige n'est pas claire. Chose certaine, les deux autres juges qui ont siégé, les lords juges Salmon et Stamp, étaient d'avis que la seule préoccupation de la Cour était l'interprétation de la loi alors adoptée et non la conduite de la Couronne dans la conclusion de traités.

Enfin, on a invoqué la décision de cette Cour dans le *Renvoi sur le Sénat*. Il est étonnant que l'on puisse dire que cette Cour y a reconnu qu'une convention se soit d'elle-même mutée en règle de droit. Dans cette affaire, on cherchait à justifier un projet de loi fédérale principalement sur le par. 91(1) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britanni-*

proposal, at least in its main features, was beyond federal competence. Although the Court referred to certain historical background for perspective on the position of the Senate as it was dealt with under the *British North America Act*, its fundamental duty was to examine the validity of a proposed federal measure sought to be justified under a grant of federal power under that Act.

As to all the cases cited, it must be said that there is no independent force to be found in selective quotations from a portion of the reasons unless regard is had to issues raised and the context in which the quotations are found.

We were invited to consider academic writings on the matter under discussion. There is no consensus among the author-scholars, but the better and prevailing view is that expressed in an article by Munro, "Laws and Conventions Distinguished" (1975), 91 Law Q. Rev. 218 where he says (at p. 228):

> The validity of conventions cannot be the subject of proceedings in a court of law. Reparation for breach of such rules will not be effected by any legal sanction. There are no cases which contradict these propositions. In fact, the idea of a court enforcing a mere convention is so strange that the question hardly arises.

Another passage from this article deserves mention, as follows (at p. 224):

> If in fact laws and conventions are different in kind, as is my argument, then an accurate and meaningful picture of the constitution may only be obtained if this distinction *is* made. If the distinction is blurred, analysis of the constitution is less complete; this is not only dangerous for the lawyer, but less than helpful to the political scientist . . . .

There is no difference in approach whether the issue arises in a unitary state or in a federal state: see Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), at pp. 7-11.

A contrary view relied on by the provincial appellants is that expressed by Professor W. R. Lederman in two published articles, one entitled "The Process of Constitutional Amendment in Canada" (1966-67), 12 McGill L.J. 371 and the

que. Cette Cour a décidé que le projet, du moins dans ses traits principaux, excédait la compétence fédérale. Bien que la Cour eût brossé un tableau historique pour illustrer la situation du Sénat en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, sa tâche fondamentale était d'examiner la validité d'un projet de loi fédérale que l'on cherchait à justifier par une attribution de pouvoir au fédéral en vertu de l'Acte.

Quant à toutes les affaires citées, il faut dire qu'un choix d'extraits de motifs n'a aucune force indépendante à moins de tenir compte des points en litige et du contexte de ces extraits.

On nous a invités à examiner la doctrine sur la question. Il n'existe pas de consensus entre les auteurs, mais l'opinion la meilleure et la plus répandue est celle qu'exprime un article de Munro, «Laws and Conventions Distinguished», (1975) 91 Law Q. Rev. 218 où il dit (à la p. 228):

> [TRADUCTION] La validité des conventions ne peut faire l'objet de procédures devant un tribunal. Aucune sanction légale ne permettra d'en réparer la violation. Il n'existe pas de décisions qui contredisent ces propositions. En fait, l'idée qu'un tribunal rende exécutoire une simple convention est si étrange que la question ne se pose pas vraiment.

Un autre passage de cet article mérite d'être mentionné (à la p. 224):

> [TRADUCTION] Si en fait les lois et les conventions sont de nature différente, ce que je crois, alors on peut seulement obtenir un tableau exact et significatif de la constitution si l'on *fait* la distinction. Si la distinction est brouillée, l'analyse de la constitution est moins complète; c'est non seulement dangereux pour l'avocat, mais moins qu'utile pour le chercheur en science politique . . .

Que la question se soulève dans un Etat unitaire ou dans un Etat fédéral, la façon de l'aborder n'est pas différente: voir Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1977, aux pp. 7 à 11.

Un point de vue contraire sur lequel s'appuient les provinces appelantes est celui du professeur W. R. Lederman dans deux articles qu'il a publiés, l'un intitulé «The Process of Constitutional Amendment in Canada», (1966-67) 12 McGill

second entitled "Constitutional Amendment and Canadian Unity" (1978), Law Soc. U.C. Lectures 17. As a respected scholar, Professor Lederman's views deserve more than cursory consideration. He himself recognizes that there are contrary views, including those of an equally distinguished scholar, Professor F. R. Scott: see Scott, *Essays on the Constitution* (1977), at pp. 144, 169, 204-5, 245, 370-71, 402. There is also the contrary view of Professor Hogg, already cited.

Professor Lederman relies in part on a line of cases that has already been considered, especially the reasons of Duff C.J. in the *Labour Conventions* case. The leap from convention to law is explained almost as if there was a common law of constitutional law, but originating in political practice. That is simply not so. What is desirable as a political limitation does not translate into a legal limitation, without expression in imperative constitutional text or statute. The position advocated is all the more unacceptable when substantial provincial compliance or consent is by him said to be sufficient. Although Professor Lederman would not give a veto to Prince Edward Island, he would to Ontario or Quebec or British Columbia or Alberta. This is an impossible position for a court to manage. Further reference to this is made later in these reasons.

VIII

Turning now to the authority or power of the two federal Houses to proceed by resolution to forward the address and appended draft statutes to Her Majesty the Queen for enactment by the Parliament of the United Kingdom. There is no limit anywhere in law, either in Canada or in the United Kingdom (having regard to s. 18 of the *British North America Act*, as enacted by 1875 (U.K.), c. 38, which ties the privileges, immunities and powers of the federal Houses to those of the British House of Commons) to the power of the Houses to pass resolutions. Under s. 18 aforesaid, the federal Parliament may by statute define those privileges, immunities and powers, so long as they do not exceed those held and enjoyed by the

L.J. 371 et le deuxième «Constitutional Amendment and Canadian Unity», (1978) Law Soc. U.C. Lectures 17. L'opinion du professeur Lederman, un spécialiste renommé, mérite plus qu'un examen superficiel. Il reconnaît lui-même qu'il y a des opinions contraires, dont celle d'un spécialiste tout aussi distingué, le professeur F. R. Scott: voir Scott, *Essays on the Constitution*, 1977, aux pp. 144, 169, 204, 205, 245, 370, 371, 402. On trouve également l'opinion contraire du professeur Hogg, déjà citée.

Le professeur Lederman s'appuie notamment sur une série de décisions déjà examinées, dont les motifs de sir Lyman Duff dans l'affaire des *Conventions de travail*. Il explique le saut de la convention à la loi comme s'il y avait une *common law* du droit constitutionnel qui tirerait son origine de la pratique politique. Ce n'est tout bonnement pas le cas. Ce qui est désirable comme limite politique ne se traduit pas en une limite juridique sans qu'il existe une loi ou un texte constitutionnel impératif. La position préconisée est d'autant plus inacceptable quand il dit qu'un acquiescement ou un consentement appréciable des provinces est suffisant. Bien que le professeur Lederman ne veuille pas donner un droit de veto à l'Ile-du-Prince-Edouard, il en donnerait un à l'Ontario, au Québec, à la Colombie-Britannique ou à l'Alberta. Ce serait mettre les tribunaux dans une situation impossible. Ce point sera considéré à nouveau dans ces motifs.

VIII

Abordons maintenant la question de l'autorité ou du pouvoir des deux chambres fédérales de procéder par résolution pour envoyer à Sa Majesté la Reine l'adresse et le projet de loi annexé pour que le Parlement du Royaume-Uni procède à leur adoption. On ne trouve aucune limite juridique, que ce soit au Canada ou au Royaume-Uni (compte tenu de l'art. 18 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, tel que promulgué par 1875 (R.-U.), chap. 38, qui lie les privilèges, immunités et pouvoirs des chambres fédérales à ceux de la Chambre des communes britannique) au pouvoir des Chambres d'adopter des résolutions. En vertu de l'art. 18 susmentionné, le Parlement fédéral peut légiférer pour définir ces privilèges, immuni-

British House of Commons at the time of the passing of the federal statute.

May, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (19th ed., 1976), a leading treatise on British parliamentary proceedings, states (at p. 382):

> Every question, when agreed to, assumes the form either of an order or of a resolution of the House. One or the other of these terms is applied in the records of the House to every motion which has been agreed to, and the application of the term is carefully regulated with reference to the content of the motion. By its orders the House directs its committees, its members, its officers, the order of its own proceedings and the acts of all persons whom they concern; by its resolutions the House declares its own opinions and purposes.

This passage is repeated almost verbatim in Beauchesne's *Rules and Forms of the House of Commons of Canada* (5th ed., 1978), at p. 150. The *Senate and House of Commons Act*, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4 and 5, reinforces what is set out in s. 18 of the *British North America Act*, as amended in 1875.

How Houses of Parliament proceed, how a provincial legislative assembly proceeds is in either case a matter of self-definition, subject to any overriding constitutional or self-imposed statutory or indoor prescription. It is unnecessary here to embark on any historical review of the "court" aspect of Parliament and the immunity of its procedures from judicial review. Courts come into the picture when legislation is enacted and not before (unless references are made to them for their opinion on a bill or a proposed enactment). It would be incompatible with the self-regulating — "inherent" is as apt a word—authority of Houses of Parliament to deny their capacity to pass any kind of resolution. Reference may appropriately be made to art. 9 of the *Bill of Rights* of 1689, undoubtedly in force as part of the law of Canada, which provides that "Proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or Place out of Parliament".

tés et pouvoirs, dans la mesure où ils n'excèdent pas ceux que la Chambre des communes britannique détient et exerce au moment de l'adoption de la loi fédérale.

Voici ce qu'on peut lire dans May, *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 19e éd., 1976, un traité majeur sur la procédure parlementaire britannique (à la p. 382):

> [TRADUCTION] Lorsqu'une question est approuvée, elle prend soit la forme d'un ordre ou d'une résolution de la Chambre. Ces deux termes sont utilisés dans les procès-verbaux de la Chambre pour toutes les propositions sur lesquelles il y a accord, et l'application du terme est soigneusement réglementée selon la teneur de la proposition. Par ses ordres, la Chambre dirige ses comités, ses membres, ses fonctionnaires, le déroulement de ses propres procédures et les actes de toutes les personnes visées; par ses résolutions, la Chambre énonce ses propres opinions et ses buts.

On retrouve ce passage presque textuellement dans Beauchesne, *Rules and Forms of the House of Commons of Canada*, 5e éd., 1978, à la p. 150. La *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4 et 5, renforce ce que dit l'art. 18 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, modifié en 1875.

La façon dont les chambres du Parlement procèdent, celle dont une assemblée législative provinciale procède est dans chaque cas une question d'auto-définition, sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes. Il est inutile en l'espèce de se lancer dans un examen historique de l'aspect «judiciaire» du Parlement et de l'immunité des ses procédures au contrôle judiciaire. Les tribunaux interviennent quand une loi est adoptée et non avant (à moins qu'on ne leur demande leur avis sur un projet de loi par renvoi). Il serait incompatible avec le pouvoir d'auto-régulation («inhérent» est un mot aussi approprié) des chambres du Parlement de nier leur capacité d'adopter des résolutions. On peut à bon droit se référer à l'art. 9 du *Bill of Rights* de 1689, qui fait indubitablement partie du droit du Canada et qui prévoit que [TRADUCTION] «les procédures du Parlement ne devront pas être attaquées ou mises en question par un tribunal ou par ailleurs hors du Parlement».

It is said, however, that where the resolution touches provincial powers, as the one in question here does, there is a limitation on federal authority to pass it on to Her Majesty the Queen unless there is provincial consent. If there is such a limitation, it arises not from any limitation on the power to adopt resolutions but from an external limitation based on other considerations which will shortly be considered.

Although the *British North America Act* itself is silent on the question of the power of the federal Houses to proceed by resolution to procure an amendment to the Act by an address to Her Majesty, its silence gives positive support as much as it may reflect the negative. Quebec Question B suggests in its formulation that there is the necessity of affirmative proof of the power asserted, but it would be equally consistent with constitutional precedent to require disproof. Moreover, if the two federal Houses had the power to proceed by resolution, how is it that they have lost it?

For the moment, it is relevant to point out that even in those cases where an amendment to the *British North America Act* was founded on a resolution of the federal Houses after having received provincial consent, there is no instance, save in the *British North America Act, 1930* where such consent was recited in the resolution. The matter remained, in short, a conventional one within Canada, without effect on the validity of the resolution in respect of United Kingdom action. The point is underscored in relation to the very first amendment directly affecting provincial legislative power, that in 1940 which added "Unemployment Insurance" to the catalogue of exclusive federal powers. Sir William Jowitt, then Solicitor-General, and later Lord Chancellor, was asked in the British House of Commons about provincial consent when the amendment was in course of passage. The question put to him and his answer are as follows (see 362 U.K. Parl. Deb. 5th Series, H.C. 1177-81);

Mr. Mander ... In this Bill we are concerned only with the Parliament of Canada, but, as a matter of interest, I would be obliged if the Solicitor-General would say whether the Provincial Canadian Parliaments

On fait valoir toutefois que lorsque la résolution touche aux pouvoirs des provinces, comme celle en question, le pouvoir fédéral de la soumettre à Sa Majesté la Reine est limité à moins d'un consentement de celles-ci. Si tel est le cas, ce n'est pas à cause d'une limite imposée au pouvoir d'adopter des résolutions, mais d'une limite extérieure fondée sur d'autres considérations qui seront examinées sous peu.

Bien que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* soit lui-même muet sur la question du pouvoir des chambres fédérales de procéder par résolution pour modifier l'Acte par adresse à Sa Majesté, son mutisme est un argument favorable à l'existence de ce pouvoir tout autant qu'il pourrait indiquer le contraire. La formulation de la question B du Québec suggère qu'il faut une preuve affirmative du pouvoir revendiqué, mais il est tout aussi compatible avec les précédents constitutionnels d'exiger une réfutation. En outre, si les deux chambres fédérales avaient le pouvoir de procéder par résolution, comment l'ont-elles perdu?

Pour l'instant, il est pertinent de souligner que même dans les cas où une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* est fondée sur une résolution des chambres fédérales qui a reçu l'assentiment provincial, il n'y a pas un cas, sauf dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930*, où la résolution en fasse état. En bref, il s'agit d'une question conventionnelle au Canada, sans effet sur la validité de la résolution à l'égard de l'action du Royaume-Uni. Le point est souligné par la toute première modification qui touche directement au pouvoir législatif provincial, celle qui en 1940 a ajouté «l'assurance-chômage» à la liste des pouvoirs exclusifs fédéraux. On avait demandé à l'époque en Chambre des communes à sir William Jowitt, alors solliciteur général et plus tard lord chancelier, ce qu'il en était du consentement des provinces au moment de la procédure d'adoption de la modification. Voici la question qu'on lui a posée et sa réponse (voir 362 U.K. Parl. Deb. 5th Series, H.C. 1177 à 1181):

[TRADUCTION] **M. Mander** ... Dans ce projet de loi, nous sommes seulement concernés par le Parlement du Canada, mais, à titre de renseignement, je serais reconnaissant au solliciteur général de nous dire si les parle-

are in agreement with the proposals submitted by the Dominion Parliament . . . .

The Solicitor-General [Sir William Jowitt]: . . . One might think that the Canadian Parliament was in some way subservient to ours, which is not the fact. The true position is that at the request of Canada this old machinery still survives until something better is thought of, but we square the legal with the constitutional position by passing these Acts only in the form that the Canadian Parliament require and at the request of the Canadian Parliament.

My justification to the House for this Bill—and it is important to observe this—is not on the merits of the proposal, which is a matter for the Canadian Parliament; if we were to embark upon that, we might trespass on what I conceive to be their constitutional position. The sole justification for this enactment is that we are doing in this way what the Parliament of Canada desires to do.

. . .

In reply to the hon. Member for East Wolverhampton (Mr. Mander), I do not know what the view of the Provincial Parliaments is. I know, however, that when the matter was before the Privy Council some of the Provincial Parliaments supported the Dominion Parliament. It is a sufficient justification for the Bill that we are morally bound to act on the ground that we have here the request of the Dominion Parliament and that we must operate the old machinery which has been left over at their request in accordance with their wishes.

IX

This Court is being asked, in effect, to enshrine as a legal imperative a principle of unanimity for constitutional amendment to overcome the anomaly—more of an anomaly today than it was in 1867—that the *British North America Act* contained no provision for effecting amendments by Canadian action alone. Although Saskatchewan has, alone of the eight provinces opposing the federal package embodied in the Resolution, taken a less stringent position, eschewing unanimity but without quantifying the substantial support that it advocates, the provinces, parties to the References and to the appeals here, are entitled to have this Court's primary consideration of their views.

ments provinciaux canadiens sont d'accord avec les propositions soumises par le Parlement du Dominion . . .

Le solliciteur général [Sir William Jowitt]: . . . On pourrait penser que le Parlement canadien est de quelque façon subordonné au nôtre, ce qui n'est pas le cas. En réalité, à la demande du Canada, ce vieux mécanisme survit encore jusqu'à ce qu'on imagine quelque chose de mieux, mais nous collons la réalité juridique à la réalité constitutionnelle en adoptant ces lois seulement dans la forme requise par le Parlement canadien et à sa requête.

Ma justification de ce projet de loi devant la Chambre (et il est important de le noter) n'est pas sur le fond du projet, ce qui relève du Parlement canadien; si nous nous engageons là-dessus, nous risquons d'empiéter sur ce qui à mon avis est leur position constitutionnelle. La seule justification de ce texte législatif est que nous faisons ainsi ce que le Parlement du Canada désire faire.

. . .

En réponse à l'honorable membre d'East Wolverhampton (M. Mander), je ne sais pas quelle est l'opinion des parlements provinciaux. Ce que je sais toutefois, c'est que lorsque la question a été soumise au Conseil privé, certains parlements provinciaux appuyaient le Parlement du Dominion. Le projet de loi est suffisamment justifié du fait que nous sommes moralement tenus d'agir parce que nous sommes saisis de la requête du Parlement du Dominion et que nous devons faire fonctionner le vieux mécanisme qui subsiste à sa demande selon ses vœux.

IX

En fait, on demande à cette Cour de consacrer juridiquement le principe du consentement unanime aux modifications constitutionnelles pour remédier à l'anomalie, encore plus prononcée aujourd'hui qu'en 1867, due au fait que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne contient aucune disposition qui permette à une action canadienne seule d'effectuer des modifications. Bien que seule la Saskatchewan sur les huit provinces qui s'opposent au projet global du fédéral contenu dans la résolution, ait pris une position moins stricte, en écartant l'unanimité mais sans quantifier l'appui appréciable qu'elle préconise, les provinces parties aux renvois et aux présents pourvois ont le droit de voir cette Cour examiner à fond leur point de vue.

The effect of those views, if they are correct in their legal position, is, of course, to leave at least the formal amending authority in the United Kingdom Parliament. Reference will be made later to the ingredients of the arguments on legality. The effect of the present Resolution is to terminate any need to resort to the United Kingdom Parliament in the future. In line with its rejection of unanimity, Saskatchewan asserted that it sees no violation of the principles of federalism in the Resolution so far as concerns the amending formula proposed thereby.

An important question was raised by the Saskatchewan position which invited this Court to take a severable view of the substance of the Resolution, namely, to "hive off" the *Charter of Rights and Freedoms* and perhaps other elements, save the amending formula and the patriation feature. This was not the position of the Attorney General of Canada nor of any of the other provincial Attorneys General; they were all of the view that it was the whole package that was involved in the legal issue posed by Question 3 and Question B. Indeed, the legal arguments pro and con do not engage the contents of the package, and it is impossible to qualify the issue of legality by considerations of fairness or equity or political acceptability or even judicial desirability.

The stark legal question is whether this Court can enact by what would be judicial legislation a formula of unanimity to initiate the amending process which would be binding not only in Canada but also on the Parliament of the United Kingdom with which amending authority would still remain. It would be anomalous indeed, overshadowing the anomaly of a constitution which contains no provision for its amendment, for this Court to say retroactively that in law we have had an amending formula all along, even if we have not hitherto known it; or, to say, that we have had in law one amending formula, say from 1867 to 1931, and a second amending formula that has emerged after 1931. No one can gainsay the desirability of federal-provincial accord of acceptable compromise. That does not, however, go to legality. As Sir William Jowitt said, and quoted earlier, we must

S'ils sont juridiquement fondés, ces points de vue ont bien sûr pour effet de laisser au moins le pouvoir de modification formel au Parlement du Royaume-Uni. Il sera traité plus loin des éléments relatifs aux arguments de légalité. L'effet de la résolution actuelle est de mettre fin au besoin de recourir au Parlement du Royaume-Uni à l'avenir. Dans l'optique de son rejet de l'unanimité, la Saskatchewan fait valoir que la résolution ne viole aucunement les principes du fédéralisme pour ce qui est de la formule de modification y proposée.

Une question importante est soulevée par la position de la Saskatchewan qui invite cette Cour à diviser les éléments fondamentaux de la résolution, savoir, à séparer la *Charte des droits et libertés* et peut-être d'autres éléments, mais pas la formule de modification et le rapatriement. Ce n'est pas la position du procureur général du Canada ni celle des procureurs généraux des autres provinces; à leur avis à tous, c'est l'ensemble de la proposition qui est visée par le point de droit soulevé à la question 3 et à la question B. Certes les arguments juridiques pour et contre ne mettent pas en cause la teneur de la proposition et il est impossible de limiter la question de la légalité par des considérations d'impartialité, d'équité, de valeur politique ou même de désirabilité judiciaire.

La question de droit à proprement parler est de savoir si cette Cour peut adopter, en quelque sorte en légiférant, une formule imposant l'unanimité pour déclencher le processus de modification qui lierait non seulement le Canada mais aussi le Parlement du Royaume-Uni qui détiendrait toujours le pouvoir de modification. Il serait évidemment anormal, ce qui cacherait l'anomalie d'une constitution sans dispositions modificatrices, que cette Cour dise rétroactivement qu'en droit, il y a toujours eu une formule de modification même si nul ne le savait jusqu'ici, ou dise qu'il existait en droit une première formule de modification, disons de 1867 à 1931, et une deuxième qui s'est concrétisée après 1931. Nul ne peut nier qu'il est souhaitable d'arriver à un accord fédéral-provincial ou à un compromis acceptable. Quoi qu'il en soit, cela ne touche pas à la légalité. Comme l'a dit sir William

operate the old machinery perhaps one more time.

X

The provincial contentions asserted a legal incapacity in the federal Houses to proceed with the Resolution which is the subject of the References and of the appeals here. Joined to this assertion was a claim that the United Kingdom Parliament had, in effect, relinquished its legal power to act on a resolution such as the one before this Court, and that it could only act in relation to Canada if a request was made by "the proper authorities". The federal Houses would be such authorities if provincial powers or interests would not be affected; if they would be, then the proper authorities would include the provinces. It is not that the provinces must be joined in the federal address to Her Majesty the Queen; that was not argued. Rather their consent (or, as in the Saskatchewan submission, substantial provincial compliance or approval) was required as a condition of the validity of the process by address and resolution and, equally, as a condition of valid action thereon by the United Kingdom Parliament.

There are a number of interwoven strands in this position which must be separated for proper analysis and assessment. They include some dependence on the Balfour Declaration, arising out of the Imperial Conference of 1926, and also on the Imperial Conference of 1930, the last-mentioned conference preceded by a meeting of experts in 1929 on the Operation of Dominion Legislation. Then there is a considerable emphasis on a particular view of the *Statute of Westminster, 1931* in respect of some of its terms, and especially ss. 4 and 7(1). Perhaps most important is a conjoint contention based on sovereignty (softened in reply by the Attorney General of Manitoba) and on what are said to be basic presuppositions and constitutional underpinnings of Canadian federalism.

XI

The Court was invited to regard the Balfour Declaration of 1926 as embracing the provinces of

Jowitt dans la citation susmentionnée, nous devons faire fonctionner le vieux mécanisme, peut-être une dernière fois.

X

Selon les prétentions des provinces, les chambres fédérales sont juridiquement dans l'incapacité de donner suite à la résolution qui fait l'objet des renvois et des présents pourvois. Joint à cette assertion, on trouve l'argument que le Parlement du Royaume-Uni a de fait renoncé à son pouvoir de donner suite à une résolution telle celle dont cette Cour est saisie et qu'il pourrait seulement agir pour ce qui est du Canada si une requête émanait des «autorités appropriées». Pour que ce soient les chambres fédérales, il ne faudrait pas que les pouvoirs ou intérêts provinciaux soient touchés; autrement, les autorités appropriées devraient comprendre les provinces. Ce n'est pas que les provinces doivent être parties à l'adresse fédérale à Sa Majesté la Reine; ce n'est pas le point allégué. Mais leur consentement est une condition de la validité du processus par adresse et résolution de même que de la validité de l'action subséquente du Parlement du Royaume-Uni (ou, selon la Saskatchewan, un acquiescement ou une approbation provinciale appréciable).

Cette position prend l'aspect des fils d'un écheveau qu'il convient de démêler pour en faire une analyse et une évaluation appropriées. Ils impliquent notamment la Déclaration Balfour, qui a suivi la conférence impériale de 1926, et aussi la conférence impériale de 1930, qui fut précédée par une réunion d'experts en 1929 sur le fonctionnement législatif des dominions. Ensuite on insiste de façon considérable sur une vision particulière de certaines dispositions du *Statut de Westminster, 1931* en particulier l'art. 4 et le par. 7(1). Le plus important est peut-être une prétention conjointe fondée sur la souveraineté (atténuée en réplique par le procureur général du Manitoba) et sur ce que l'on considère être les présuppositions fondamentales et la base constitutionnelle du fédéralisme canadien.

XI

On a invité la Cour à considérer que lorsque la Déclaration Balfour de 1926 parle de «collectivité

Canada (and, presumably, the states of the sister dominion, Australia) in its reference to "autonomous communities". That well-known statement of principle, a political statement in the context of evolving independence of the dominions in their relations with the United Kingdom, is as follows:

> They are autonomous Communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations.

It is impossible to seek nourishment for the provincial position in these appeals in this Declaration. The provinces did not come into the picture in the march to the *Statute of Westminster, 1931* until after the 1929 Conference on the Operation of Dominion Legislation, although to a degree before the Imperial Conference of 1930. They then made their views known on certain aspects of the looming statute, views which were canvassed in a Dominion-Provincial Conference in 1931. The main concern touched the proposed repeal of the *Colonial Laws Validity Act*, 1865 (U.K.), c. 63 and the effect that this might have on the amendment of the *British North America Act*, a matter to be considered later in these reasons.

Although the Balfour Declaration cannot, of itself, support the assertion of provincial autonomy in the wide sense contended for, it seems to have been regarded as retroactively having that effect by reason of the ultimate enactment of the *Statute of Westminster, 1931*. That statute is put forward not only as signifying an equality of status as between the Dominion and the provinces *vis-à-vis* the United Kingdom Parliament, but also as attenuating the theretofore untrammelled legislative authority of that Parliament in relation to Canada where provincial interests are involved. The germ of these consequences was said by the Newfoundland Court of Appeal to be in the Balfour Declaration, arising out of the Imperial Conference of 1926 and embodied in the Report of that Conference.

autonome», elle vise les provinces du Canada (et, probablement, les Etats du dominion frère d'Australie). Voici cette célèbre déclaration de principe, une déclaration politique faite dans le contexte de la marche vers l'indépendance des dominions par rapport au Royaume-Uni:

> [TRADUCTION] Il s'agit de collectivités autonomes au sein de l'Empire britannique, de statut égal et en aucune façon subordonnées l'une à l'autre pour ce qui est de leurs affaires internes ou extérieures, tout en étant unies par une allégeance commune à la Couronne, et librement associées comme membres du Commonwealth britannique des Nations.

Il est impossible de chercher à étayer la position provinciale en l'espèce sur cette déclaration. Les provinces n'ont participé au cheminement qui a abouti au *Statut de Westminster, 1931* qu'après la conférence de 1929 sur le fonctionnement législatif des dominions, quoiqu'à un certain degré avant la conférence impériale de 1930. Elles ont présenté leurs points de vue sur certains aspects de la loi imminente, points de vue qui ont été analysés à une conférence Dominion-provinces de 1931. Le point principal visait le projet d'abrogation de la *Loi relative à la validité des lois des colonies*, 1865 (R.-U.), chap. 63 et son effet sur la modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, point qui sera examiné plus loin dans ces motifs.

Bien que la Déclaration Balfour ne puisse appuyer en soi l'affirmation de l'autonomie provinciale dans le sens large que l'on fait valoir, il semble qu'on veuille lui attribuer rétroactivement cet effet en raison de l'adoption du *Statut de Westminster, 1931*. On met cette loi de l'avant non seulement comme une indication de l'égalité de statut entre le Dominion et les provinces vis-à-vis du Parlement du Royaume-Uni, mais aussi comme une atténuation du pouvoir législatif jusqu'alors entier de ce parlement relativement au Canada lorsque des intérêts provinciaux sont en cause. Selon la Cour d'appel de Terre-Neuve, ces conséquences tirent leur origine de la Déclaration Balfour, faite à l'occasion de la conférence impériale de 1926 et dont on trouve le texte dans le rapport de cette conférence.

The following summarizing passage on Question 3 is contained in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal [at p. 18]:

In our opinion, the constitutional status of the Provinces of Canada as autonomous communities was confirmed and perfected by (a) the *Statute of Westminster, 1931* giving effect to the constitutional principle declared by the Imperial Conference that both the United Kingdom and the Dominions are autonomous communities equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs; (b) the recognition by that Conference of the division of power among the constituent parts that make up the Dominion of Canada by which each is autonomous, in no way subordinate one to another; and, (c) the surrender by the Imperial Parliament to the Provinces of its legislative sovereignty, over matters declared by the *British North America Act, 1867* to be within the exclusive legislative competence of the Provinces. The modification of that constitutional status was thereby withdrawn from future British parliamentary competence except with the consent of the Provinces.

While the Parliament of Great Britain, in the absence of notice to the contrary, is constitutionally entitled to accept a Resolution passed by both Houses of the Canadian Parliament as a proper request for a constitutional amendment from the whole Canadian community, it is nonetheless precluded, for the reasons stated above, from enacting an amendment restricting the powers, rights and privileges granted the Provinces by the *British North America Act, 1867*, and enlarged by the *Statute of Westminster, 1931* over the objections of the Provinces.

If the significance attached to the *Statute of Westminster, 1931* is, indeed, what is asserted in the above-quoted passage and what has been urged by the provinces in this Court, there is no need to resort to the Balfour Declaration, save possibly as a footnote. The course of events leading to the *Statute of Westminster, 1931* is detailed in numerous writings. It is sufficient to refer, in general, to the discussion in Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status* (5th ed., 1953), *passim*, and see, especially, Chapter VII "The Statute and the Legal Status of Canada".

The submissions made on the *Statute of Westminster, 1931* by counsel who were before this Court engage (1) the preamble to the Stat-

Le résumé suivant sur la question 3 se trouve dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve [à la p. 18]:

[TRADUCTION] A notre avis, le statut constitutionnel des provinces du Canada comme collectivités autonomes est confirmé et parfait par a) le *Statut de Westminster, 1931* qui donne effet au principe constitutionnel énoncé à la conférence impériale et selon lequel à la fois le Royaume-Uni et les Dominions sont des collectivités autonomes, de statut égal en aucune façon subordonnées les unes aux autres pour ce qui est de leurs affaires internes ou extérieures; b) la reconnaissance à cette conférence de la division des pouvoirs entre les parties constituantes du Dominion du Canada, chacune étant autonome et en aucune façon subordonnée aux autres; et c) la remise par le Parlement impérial aux provinces de sa souveraineté législative sur les questions qui aux termes de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* relèvent de la compétence législative exclusive des provinces. La modification de ce statut constitutionnel est par là exclue pour l'avenir de la compétence parlementaire britannique sauf du consentement des provinces.

Quoique le Parlement de la Grande-Bretagne, en l'absence d'avis au contraire, ait constitutionnellement le droit d'accepter une résolution adoptée par les deux chambres du Parlement canadien en tant que demande valide de modification constitutionnelle pour l'ensemble de la collectivité canadienne, pour les motifs susmentionnés, il lui est néanmoins interdit d'adopter une modification qui restreint les pouvoirs, droits et privilèges accordés aux provinces par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, et élargis par le *Statut de Westminster, 1931* à l'encontre des objections des provinces.

Si la portée du *Statut de Westminster, 1931* est de fait celle qu'énonce ce passage et celle que les provinces ont soutenue devant cette Cour, il est inutile de recourir à la Déclaration Balfour, sauf peut-être à titre complémentaire. On a beaucoup écrit sur les événements qui ont conduit au *Statut de Westminster, 1931*. Il suffit de mentionner à titre indicatif la discussion dans Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5e éd., 1953, *passim*, et voir en particulier le chapitre VII, «The Statute and the Legal Status of Canada».

Les prétentions relatives au *Statut de Westminster, 1931* faites par les avocats qui ont plaidé devant cette Cour mettent en cause (1) le préam-

ute; (2) s. 2(1),(2); (3) s. 3; (4) s. 4 and (5) s. 7(1),(2),(3). These provisions are in the following terms:

Whereas the delegates of His Majesty's Governments in the United Kingdom, the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland, at Imperial Conferences holden at Westminster in the years of our Lord nineteen hundred and twenty-six and nineteen hundred and thirty did concur in making the declarations and resolutions set forth in the Reports of the said Conferences:

And whereas it is meet and proper to set out by way of preamble to this Act that, inasmuch as the Crown is the symbol of the free association of the members of the British Commonwealth of Nations, and as they are united by a common allegiance to the Crown, it would be in accord with the established constitutional position of all the members of the Commonwealth in relation to one another that any alteration in the law touching the Succession to the Throne or the Royal Style and Titles shall hereafter require the assent as well of the Parliaments of all the Dominions as of the Parliament of the United Kingdom:

And whereas it is in accord with the established constitutional position that no law hereafter made by the Parliament of the United Kingdom shall extend to any of the said Dominions as part of the law of that Dominion otherwise than at the request and with the consent of that Dominion:

And whereas it is necessary for the ratifying, confirming and establishing of certain of the said declarations and resolutions of the said Conferences that a law be made and enacted in due form by authority of the Parliament of the United Kingdom:

And whereas the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland have severally requested and consented to the submission of a measure to the Parliament of the United Kingdom for making such provision with regard to the matters aforesaid as is hereafter in this Act contained:

Now, therefore, be it enacted by the King's most Excellent Majesty by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:

. . .

2. (1) The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion.

bule du Statut; (2) les par. 2(1) et (2); (3) l'art. 3; (4) l'art. 4 et (5) les par. 7(1),(2) et (3). Voici le texte de ces dispositions:

Considérant que les délégués des Gouvernements de Sa Majesté du Royaume-Uni, du Dominion du Canada, du Commonwealth d'Australie, du Dominion de la Nouvelle-Zélande, de l'Union Sud-Africaine, de l'État libre d'Irlande, et de Terre-Neuve, aux Conférences impériales tenues à Westminster en les années de Notre-Seigneur mil neuf cent vingt-six et mil neuf cent trente, ont concouru aux énoncés et aux vœux formulés dans les rapports desdites Conférences;

Considérant qu'il est expédient et à propos, puisque la Couronne est le symbole de la libre association des membres de la Communauté des nations britanniques et que ces dernières se trouvent unies par une allégeance commune à la Couronne, d'exposer sous forme de préambule à la présente loi qu'il serait conforme au statut constitutionnel consacré de tous les membres de la Communauté dans leurs rapports réciproques, de statuer que toute modification de la Loi relative à la succession au Trône ou au Titre royal et aux Titres doit recevoir désormais l'assentiment aussi bien des Parlements de tous les Dominions que du Parlement du Royaume-Uni;

Considérant qu'il est conforme au statut constitutionnel consacré de statuer que nulle loi émanant désormais du Parlement du Royaume-Uni ne doit s'étendre à l'un quelconque desdits Dominions comme partie de la législation de ce Dominion, sauf à la demande et avec l'agrément de celui-ci;

Considérant que la ratification, la confirmation et la mise à effet de certains desdits énoncés et vœux desdites Conférences nécessitent la confection et l'adoption, par autorité du Parlement du Royaume-Uni, d'une loi en bonne et due forme;

Considérant que le Dominion du Canada, le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'État libre d'Irlande, et Terre-Neuve ont solidairement demandé et agréé de saisir le Parlement du Royaume-Uni d'une mesure tendant à statuer, quant aux questions susdites, dans le sens prescrit ci-après dans la présente loi:

A ces causes, qu'il soit édicté ce qui suit par Sa Très Excellente Majesté le Roi, de l'avis et du consentement et par autorité des lords spirituels et temporels et des communes en le présent Parlement assemblés:

. . .

2. (1) La Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies ne doit s'appliquer à aucune loi adoptée par le Parlement d'un Dominion postérieurement à la proclamation de la présente loi.

(2) No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.

3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

4. No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to the enactment thereof.

. . .

7. (1) Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.

(2) The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3) The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

There is nothing in the preamble that relates to the provinces other than the reference to the Report of the Imperial Conference of 1930. What emerged prior to this Conference was an understandable provincial concern that the effect of the proposed repeal of the *Colonial Laws Validity Act* in favour of the Parliament of a dominion and, in addition, the effect of what became s. 2(2) of the Statute might enlarge federal power to alter, by its own legislation, provisions of the *British North America Act*. Thus it was that the Conference of 1930 placed on record (Cmd. 3717, at pp. 17-18):

(2) Nulle loi et nulle disposition de toute loi édictée postérieurement à la proclamation de la présente loi par le Parlement d'un Dominion ne sera invalide ou inopérante à cause de son incompatibilité avec la législation d'Angleterre, ou avec les dispositions de toute loi existante ou à venir émanée du Parlement du Royaume-Uni, ou avec tout arrêté, statut ou règlement rendu en exécution de toute loi comme susdit, et les attributions du Parlement d'un Dominion comprendront la faculté d'abroger ou de modifier toute loi ou tout arrêté, statut ou règlement comme susdit faisant partie de la législation de ce Dominion.

3. Il est déclaré et statué par les présentes que le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale.

4. Nulle loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Loi ne doit s'étendre ou être censée s'étendre à un Dominion, comme partie de la législation en vigueur dans ce Dominion, à moins qu'il n'y soit expressément déclaré que ce Dominion a demandé cette loi et a consenti à ce qu'elle soit édictée.

. . .

7. (1) Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdites Actes.

(2) Les dispositions de l'article deux de la présente Loi doivent s'étendre aux lois édictées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures de ces provinces.

(3) Les pouvoirs que la présente Loi confère au Parlement du Canada ou aux législatures des provinces ne les autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de leur compétence respective.

Rien dans le préambule ne se rapporte aux provinces si ce n'est la référence au Rapport de la Conférence impériale de 1930. Avant cette conférence, les provinces se sont inquiétées avec raison, car le projet d'abrogation de la *Loi relative à la validité des lois des colonies* en faveur du Parlement d'un dominion et aussi ce qui est devenu le par. 2(2) du Statut pouvaient avoir pour effet d'élargir le pouvoir du fédéral et lui permettre, par ses propres lois, de modifier les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Ainsi, à la Conférence de 1930, on a consigné ce qui suit (Cmd. 3717, aux pp. 17 et 18):

... that the sections of the Statute relating to the Colonial Laws Validity Act should be so drafted as not to extend to Canada unless the Statute was enacted in response to such requests as are appropriate to an amendment of the British North America Act. It also seemed desirable to place on record the view that the sections should not subsequently be extended to Canada except by an Act of the Parliament of the United Kingdom enacted in response to such requests as are appropriate to an amendment of the British North America Act.

The *Colonial Laws Validity Act* was intended to be a liberating statute, releasing colonial legislatures from subservience to British common law (subject to Privy Council authority) and from subservience to British statute law unless such statute law applied expressly or by necessary implication to the colony. In the evolution of independence of the dominions, it came to be recognized that the United Kingdom should no longer legislate at its own instance for any dominion; and that the latter should be free to repeal any British legislation that was or would be made applicable to it. Hence, the statement in the preamble and hence ss. 2 and 4 in their application to a dominion. Following the Imperial Conference of 1930 and as a result of the Dominion-Provincial Conference of 1931, the provinces obtained an assurance that they too would benefit by the repeal of the *Colonial Laws Validity Act* and by being empowered to repeal any British legislation made applicable to them. This was achieved by s. 7(2) of the *Statute of Westminster, 1931*. There did not appear to be any need to include them in s. 4.

The most important issue was, however, the position of the Dominion *vis-à-vis* the *British North America Act*. What s. 7(1), reinforced by s. 7(3), appeared to do was to maintain the *status quo ante*; that is, to leave any changes in the *British North America Act* (that is, such changes which, under its terms, could not be carried out by legislation of the provinces or of the Dominion) to the prevailing situation, namely, with the legislative authority of the United Kingdom Parliament being left untouched. As Sir William Jowitt put it, in the passage quoted earlier (in connection with the debate on the unemployment insurance amend-

[TRADUCTION] ... que les articles du Statut relatifs à la Loi relative à la validité des lois des colonies ne devraient pas de par leur teneur s'étendre au Canada à moins que le Statut ait été adopté en réponse à des demandes appropriées de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il appert aussi souhaitable de consigner que les articles ne devraient pas être étendus subséquemment au Canada si ce n'est par une loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée en réponse à des demandes appropriées de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

La *Loi relative à la validité des lois des colonies* devait être une loi libératrice qui dégagerait les législatures coloniales de la soumission à la *common law* britannique (sous réserve de l'autorité du Conseil privé) et de la soumission aux lois britanniques à moins qu'un texte législatif s'applique expressément ou par implication nécessaire à la colonie. Dans le contexte de l'indépendance des dominions, il fut établi que le Royaume-Uni ne devrait plus légiférer de son propre chef pour l'un d'eux; ceux-ci devraient être libres d'abroger les lois britanniques qui leur étaient applicables ou qui le deviendraient. D'où la déclaration du préambule et les art. 2 et 4 dans leur application à un dominion. Après la Conférence impériale de 1930 et par suite de la conférence Dominion-provinces de 1931, les provinces obtinrent l'assurance qu'elles pourraient également bénéficier de l'abrogation de la *Loi relative à la validité des lois des colonies* et qu'elles auraient le pouvoir d'abroger toute loi britannique qui leur était applicable. Tel était l'effet du par. 7(2) du *Statut de Westminster, 1931*. Il n'a pas semblé nécessaire de les inclure à l'art. 4.

La question la plus importante était cependant la position du Dominion vis-à-vis de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Il ressort du par. 7(1), renforcé par le par. 7(3), que le *statu quo ante* était conservé, c'est-à-dire, qu'on laissait les modifications de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (savoir celles que, selon ce texte, ni les provinces ni le Dominion ne pouvait effectuer par voie législative) dans la situation qui prévalait alors, savoir, sous l'autorité législative du Parlement du Royaume-Uni qui restait intacte. Comme sir William Jowitt l'a dit, dans le passage déjà cité (à propos du débat sur la modification relative à

ment), "the old machinery" remained in place as a result of the *Statute of Westminster, 1931*. No other conclusion is supportable on any fair reading of the terms of the *Statute of Westminster, 1931*.

The provinces, other than Ontario and New Brunswick, do not agree with this view of the *Statute of Westminster, 1931*. There were a number of positions taken by them. Much was made, especially in the submissions of counsel for the Attorney General of Manitoba, of the use of the plural in the phrase "such requests as are appropriate to an amendment of the British North America Act" in the passage above-quoted from the Report of the 1930 Imperial Conference. The point taken from this was said to be a re-emphasis of that portion of the 1929 Conference on the Operation of Dominion Legislation which, in referring to the *British North America Act*, said that the question of the proper method of amending it should remain "for future consideration by the appropriate Canadian authorities". It was contended, certainly with justification, that the "proper Canadian authorities" were the Dominion and the provinces and, presumably, it would be for them to decide whether it would be the respective governments or Parliament and the legislatures or both, and also what degree of agreement among the provinces would be proper. It is, however, impossible to draw from this any legal rule of conduct because, ultimately, whatever political consensus might be achieved, there would still be the legal necessity of final United Kingdom legislative action.

The matter is not advanced by the follow-up Dominion-Provincial Conference of 1931. As the brief summary of the Conference stated, its purpose was

> ... to give the Provinces an opportunity to express their views with regard to the Statute of Westminster and the proposed Section, numbered 7, which will be inserted to deal exclusively with the Canadian position. No objection was made to the principle of the proposed legislation, and a proposal that the provisions of the Statute relating to the repeal of the Colonial Laws Validity Act should extend to the Provinces was approved. The Canadian Section (7) was drafted and found satisfactory by all the Provinces, though Quebec asked for further

l'assurance-chômage), «le vieux mécanisme» est resté en place à la suite du *Statut de Westminster, 1931*. Aucune autre conclusion n'est défendable à la lecture objective du texte du *Statut de Westminster, 1931*.

Les provinces autres que l'Ontario et le Nouveau-Brunswick ne sont pas d'accord avec cette analyse du *Statut de Westminster, 1931*. Elles ont pris différentes positions à cet égard. On a monté en épingle, notamment l'avocat du procureur général du Manitoba, l'emploi du pluriel dans la phrase [TRADUCTION] «des demandes appropriées de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique» dans le passage précité du rapport de la Conférence impériale de 1930. On a fait valoir qu'il s'agissait d'une réaffirmation de la partie de la conférence sur le fonctionnement législatif du Dominion de 1929 qui, à l'égard de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, déclare que la question du mode approprié de modification devrait être laissée [TRADUCTION] «à l'examen des autorités canadiennes compétentes». On a fait valoir, non sans à propos, que les «autorités canadiennes compétentes» étaient le Dominion et les provinces et, présumément, qu'il leur appartiendrait de décider s'il s'agit des gouvernements ou du Parlement et des législatures respectifs ou des deux et aussi du degré approprié d'entente entre les provinces. Il est toutefois impossible d'en tirer une norme juridique parce qu'en définitive, quel que soit le consensus politique, il subsisterait toujours la nécessité juridique d'une action législative finale du Royaume-Uni.

La conférence Dominion-provinces de 1931 qui a suivi n'élucide rien en l'espèce. Comme le bref résumé de la Conférence le dit, son but était

> [TRADUCTION] ... de donner aux provinces une possibilité d'exprimer leurs points de vue sur le Statut de Westminster et le projet d'article numéro 7 qui y sera inclus pour traiter seulement de la situation canadienne. Ce principe du projet de loi n'a reçu aucune objection et une proposition que les dispositions du Statut sur l'abrogation de la Loi relative à la validité des lois des colonies soient étendues aux provinces fut approuvée. Toutes les provinces ont jugé le texte de l'article 7 canadien satisfaisant bien que Québec ait demandé plus de temps pour

time for consideration. Meanwhile, the approval of the Quebec Government has been received.

The Conference summary continued as follows:

Certain other constitutional questions arose during the Conference. Some Provinces desired that the question of powers and procedure in respect to constitutional amendment should be discussed together with the wider subject of constitutional relations between Dominions [*sic*] and Provinces. This was found to be impossible at that meeting, but it was agreed that a constitutional conference should be summoned as soon as possible. It was the general opinion that at such a conference a method of amending the Canadian constitution by Canadian agencies might be discovered which would reconcile the two essential features of reasonable elasticity of change and the preservation of provincial rights.

The underlined sentence in the above-quoted Conference summary shows quite clearly that as of 1930, there was certainly no rule of law with respect to constitutional amendment. No change was effected in the legal position by the *Statute of Westminster, 1931*.

It was also urged upon this Court that s. 7(1), which in terms ("Nothing in this Act shall be deemed to apply to . . . the British North America Acts, 1867 to 1930") removes the *British North America Act* (at least as it then stood) from the application of any terms of the *Statute of Westminster, 1931* was addressed to ss. 2 and 3 and not to s. 4. The argument goes that s. 7(1) does not exclude the application of s. 4; that s. 4 must be read in its preclusive effect on a dominion as having the provinces in view; that the "request and consent" which must be declared in a British statute to make it applicable to Canada, is the request and consent of the Dominion and the provinces if the statute is one affecting provincial interests or powers, for example, an amendment of the *British North America Act* as envisaged by the Resolution herein. The word "Dominion" in s. 4, it is said, must be read in what may be called a conjoint or collective sense as including both the Dominion and the provinces; otherwise, it is submitted, the purpose of the *Statute of Westminster, 1931* would be defeated. A difference, said to be

l'examiner. Entre temps, le gouvernement du Québec a transmis son approbation.

Le résumé de la Conférence continue en ces termes:

[TRADUCTION] Certaines autres questions constitutionnelles se sont posées au cours de la Conférence. Certaines provinces souhaitaient que la question des pouvoirs et de la procédure relative aux modifications constitutionnelles soit discutée en même temps que la question plus large des relations constitutionnelles entre le Dominion et les provinces. Comme il était impossible de le faire à cette réunion, les parties ont convenu de convoquer une conférence constitutionnelle dès que possible. Selon l'opinion générale, à une conférence de ce genre, on pourrait découvrir un mode de modification de la constitution canadienne par des organismes canadiens qui concilierait les deux aspects essentiels: une facilité raisonnable de changement et la préservation des droits provinciaux.

La phrase soulignée dans ce résumé de la Conférence indique très clairement qu'en 1930 il n'existait certainement pas de règle de droit en ce qui concerne les modifications constitutionnelles. Le *Statut de Westminster, 1931* n'a rien changé à la situation juridique.

On a également fait valoir devant cette Cour que le par. 7(1), qui selon ses termes («Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant [aux] . . . Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930») exclut l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (du moins dans sa forme d'alors) de l'application du *Statut de Westminster, 1931*, visait les art. 2 et 3 et non l'art. 4. Selon cet argument, le par. 7(1) n'exclut pas l'application de l'art. 4 auquel on doit donner un effet limitatif vis-à-vis du Dominion compte tenu des provinces; «la demande et le consentement» exprès à une loi britannique nécessaires pour la rendre applicable au Canada sont ceux du Dominion et des provinces si la loi vise des intérêts ou des pouvoirs provinciaux, par exemple, une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* comme celle envisagée par la résolution présente. On prétend qu'il faut donner au mot «Dominion» à l'art. 4 ce qu'on peut appeler un sens conjoint ou collectif incluant à la fois le Dominion et les provinces; on allègue qu'autrement le but du *Statut de Westminster, 1931* serait mis en échec.

significant, is pointed up in the reference to "Parliament of a Dominion" in s. 3 and the bare word "Dominion" in s. 4.

Nothing in the language of the *Statute of Westminster, 1931* supports the provincial position yet it is on this interpretation that it is contended that the Parliament of the United Kingdom has relinquished or yielded its previous omnipotent legal authority in relation to the *British North America Act*, one of its own statutes. As an argument on Question 3 and Question B (in its legal aspect), it asserts a legal diminution of United Kingdom legislative supremacy. The short answer to this ramified submission is that it distorts both history and ordinary principles of statutory or constitutional interpretation. The plain fact is that s. 7(1) was enacted to obviate any inference of direct unilateral federal power to amend the *British North America Act* and that it is s. 7(3) that is addressed to s. 2 and not s. 7(1). It is for this reason that it was unnecessary to provide in respect of Canada what was provided by s. 9(3) in respect of Australia, namely, that in the application of the *Statute of Westminster, 1931* to the Commonwealth of Australia "the request and consent referred to in section four shall mean the request and consent of the Parliament and Government of the Commonwealth". There is, moreover, an interpretation section in the *Statute of Westminster, 1931* being s. 1, and in it "Dominion" means any of the following Dominions, "that is to say, the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland". The reference to "Parliament of a Dominion" in s. 3 and "Dominion" in s. 4 is easily explained by the context. The argument on the *Statute of Westminster, 1931* is untenable, but it leaves for more anxious consideration the effect of the removal of the *British North America Act* from the *Statute of Westminster, 1931* and the preservation by s. 7(3) of the existing distribution of legislative powers under the *British North America Act*.

XII

This leads to the submissions made on the sovereignty of the provinces in respect of their powers

On souligne une différence, dite importante, dans la mention de «Parlement d'un Dominion» à l'art. 3 et le simple mot de «Dominion» à l'art. 4.

Rien dans le texte du *Statut de Westminster, 1931* n'appuie la position des provinces quoiqu'en se fondant sur cette interprétation, on allègue que le Parlement du Royaume-Uni a renoncé à son pouvoir antérieurement absolu sur l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, une de ses propres lois, ou l'a cédé. Cet argument quant à la question 3 et à la question B (dans son aspect juridique) affirme une diminution juridique de la suprématie législative du Royaume-Uni. En bref, la réponse aux ramifications de cette prétention est qu'elle déforme à la fois l'histoire et les principes ordinaires d'interprétation législative ou constitutionnelle. Le fait patent est que le par. 7(1) a été promulgué pour empêcher que l'on conclue à l'existence du pouvoir fédéral unilatéral direct de modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et que c'est le par. 7(3), et non le par. 7(1), qui vise l'art. 2. C'est pourquoi il était inutile de prévoir pour le Canada ce que le par. 9(3) prévoit pour l'Australie, savoir, que dans l'application du *Statut de Westminster, 1931* au Commonwealth d'Australie, «la demande et le consentement visés à l'article quatre sont la demande et le consentement du Parlement et du Gouvernement du Commonwealth d'Australie». En outre, l'article d'interprétation du *Statut de Westminster, 1931* l'art. 1, précise que «Dominion» signifie l'un quelconque des dominions suivants: «le Dominion du Canada, le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'Etat libre d'Irlande, et Terre-Neuve». Le contexte explique facilement la mention du «Parlement d'un Dominion» à l'art. 3 et de «Dominion» à l'art. 4. L'argument fondé sur le *Statut de Westminster, 1931* est indéfendable, mais il rend plus préoccupant l'examen de l'effet du retrait de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* du *Statut de Westminster, 1931* et de la préservation par le par. 7(3) de la répartition existante des pouvoirs législatifs aux termes de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

XII

Ceci mène aux arguments qui ont porté sur la souveraineté des provinces à l'égard de leurs pou-

under the *British North America Act*, the term "sovereignty" being modified in the course of argument to "supremacy". Allied to this was the contention that Canada cannot do indirectly what it cannot do directly; it could not by an enactment of its own accomplish that which is proposed by the Resolution. Such an enactment would be clearly *ultra vires* as to most of the provisions put forward by the Resolution, and it should not be able to improve its position in law by invoking the aid of the United Kingdom Parliament. Moreover, even if the Parliament of the United Kingdom retained its formal legal authority over the *British North America Act*, as one of its enactments, it was in the words used by the late and at the time, former Justice Rand, "a bare legislative trustee", subject as a matter of law to the direction of the beneficiaries, namely, the Dominion and the provinces, in respect of the Resolution.

It will be convenient to deal at this point with the "direct-indirect" contention and with the notion of legislative trusteeship, before returning to the main submission on provincial legislative supremacy. That submission involves a consideration of the character of Canadian federalism and it must, of course, be carefully assessed.

The direct-indirect contention, taken by itself, amounts to this: that whether or not the federal Houses can seek to obtain enactment of the draft statute appended to the Resolution, it would, in any event, be illegal to invoke United Kingdom authority to do for Canada what it cannot do itself. The maxim "you cannot do indirectly what you cannot do directly" is a much abused one. It was used to invalidate provincial legislation in *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*[18] It is a pithy way of describing colourable legislation: see *Ladore v. Bennett*[19], at p. 482. However, it does not preclude a limited legislature from achieving directly under one head of legislative power what it could not do directly under another head. The question, of course, remains whether the two federal Houses may alone initiate

[18] [1899] A.C. 626.
[19] [1939] A.C. 468.

voirs en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; le terme «souveraineté» est devenu «suprématie» au cours des plaidoiries. On a assorti cet argument de la prétention que le Canada ne peut faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement; il ne pourrait pas par un de ses propres textes de loi accomplir ce que propose la résolution. Pareil texte législatif serait nettement *ultra vires* quant à la majorité des dispositions énoncées par la résolution et il ne devrait pas pouvoir renforcer sa situation sur le plan juridique en faisant appel au Parlement du Royaume-Uni. En outre, même si le Parlement du Royaume-Uni a conservé son pouvoir formel sur l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, puisque c'est une de ses lois, il est, pour reprendre les propos de feu le juge Rand, alors à la retraite, «un simple fiduciaire législatif», juridiquement soumis à l'égard de la résolution aux ordres des bénéficiaires, savoir le Dominion et les provinces.

Il convient à ce stade de traiter de l'argument «direct-indirect» et de celui de la «fiducie législative», avant de reprendre la proposition principale, la suprématie législative provinciale. Cette prétention implique un examen du caractère du fédéralisme canadien et doit, évidemment, être soigneusement jaugée.

En soi, cette prétention revient à ceci: que les chambres fédérales puissent chercher à obtenir l'adoption du projet de loi annexé à la résolution ou pas, il serait en tout cas illégal de recourir au pouvoir du Royaume-Uni pour faire au nom du Canada ce que ce dernier ne peut faire lui-même. La maxime «on ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement» est souvent employée à tort et à travers. On l'a utilisée pour invalider une loi provinciale dans *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Railway Co.*[18] C'est une façon percutante de décrire la législation déguisée: voir *Ladore v. Bennett*[19], à la p. 482. Toutefois cela n'empêche pas une législature dont le pouvoir est limité de faire directement en vertu d'un chef de pouvoir législatif ce qu'elle ne pourrait faire directement en vertu d'un autre chef. La

[18] [1899] A.C. 626.
[19] [1939] A.C. 468.

and carry through the process to invoke the competence of the United Kingdom Parliament.

At least with regard to the amending formula the process in question here concerns not the amendment of a complete constitution but rather the completion of an incomplete constitution.

We are involved here with a finishing operation, with fitting a piece into the constitutional edifice; it is idle to expect to find anything in the *British North America Act* that regulates the process that has been initiated in this case. Were it otherwise, there would be no need to resort to the Resolution procedure invoked here, a procedure which takes account of the intergovernmental and international link between Canada and Great Britain. There is no comparable link that engages the provinces with Great Britain. Moreover, it is to confuse the issue of process, which is the basic question here, with the legal competence of the British Parliament when resort is had to the direct-indirect argument. The legal competence of that Parliament, for the reasons already given, remains unimpaired, and it is for it alone to determine if and how it will act.

The late Justice Rand used the words "a bare legislative trustee" in the Holmes Lecture delivered at Harvard Law School under the title "Some Aspects of Canadian Constitutionalism" and reproduced in (1960), 38 Can. Bar Rev. 135. His use of the phrase came in the course of his discussion of the effect of the *Statute of Westminster, 1931*. He said this (at p. 145):

Legislatively, a unique situation has been created. The British Parliament has in effect become a bare legislative trustee for the Dominion; the constitutional organ for altering the provisions of the Canadian constitution contained in the Act of 1867 remains so far the British Parliament; but the political direction resides in the Parliament of the Dominion; the former has conceded its residue of legislative power vis-à-vis Canada, to be no more than means for effecting the will of Canada. It might happen, although it is most unlikely, that the

question évidemment reste celle de savoir si les deux chambres fédérales peuvent seules déclencher le processus et l'utiliser pour invoquer la compétence du Parlement du Royaume-Uni.

Par rapport tout au moins à la formule de modification, le processus en question ici ne vise pas la modification d'une constitution complète, mais plutôt l'achèvement d'une constitution incomplète.

Il s'agit en l'espèce de la touche finale, d'ajouter une pièce à l'édifice constitutionnel; il est vain de s'attendre à trouver quelque chose dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui règle ce processus. S'il en était autrement, il serait inutile de recourir comme ici à la procédure par résolution qui tient compte du lien intergouvernemental et international entre le Canada et la Grande-Bretagne. Il n'y a pas de lien comparable qui implique les provinces et la Grande-Bretagne. En outre, quand on a recours à l'argument de l'acte "direct-indirect", on confond la question du processus, qui est la question fondamentale en l'espèce, et celle de la compétence du Parlement britannique. La compétence de ce parlement est, pour les motifs déjà exposés, entière et il lui appartient à lui seul de décider d'agir et du mode d'action.

Feu M. le juge Rand a utilisé les mots «un simple fiduciaire législatif" au cours des conférences Holmes tenues à la faculté de droit de Harvard sous le titre «Some Aspects of Canadian Constitutionalism», publiées à (1960) 38 R. du B. Can. 135. Il a utilisé cette expression alors qu'il discutait de l'effet du *Statut de Westminster, 1931*. Il dit (à la p. 145):

[TRADUCTION] Du point de vue législatif, une situation unique est née. Le Parlement britannique est en effet devenu un simple fiduciaire législatif du Dominion; l'organisme constitutionnel qui peut modifier les dispositions de la constitution canadienne contenues dans l'Acte de 1867 est toujours le Parlement britannique; mais la direction politique revient au Parlement du Dominion; le premier a accepté de limiter son résidu de pouvoir législatif vis-à-vis du Canada à rien de plus qu'un moyen de donner effet à la volonté du Canada. Il

British Parliament should demur to a request for a legislative amendment, as, for example, involving important legislative effects not concurred in by one or more of the provinces; but that amounts to no more than saying that the Canadian people would not yet have agreed on the mode of modifying their internal constitutional relations. Once that means has been agreed upon, legislative independence, not only in substance but in form, will have been attained.

The Newfoundland Court of Appeal adopted the phrase but decided that Justice Rand should not have limited the suggested trusteeship as being for the Dominion of Canada alone. Moreover, the Court overlooked a central point in the Rand lecture that "the political direction resides in the Parliament of the Dominion". Thus the Court said [at p. 17]:

> We adopt that statement fully with the important addition that the Parliament of Great Britain is a 'bare legislative trustee' for *both* the Federal Parliament and the Provincial Legislatures in relation to the matters within their respective legislative competence. Any amendment enacted by the Parliament of Great Britain affecting the legislative competence of either of the parties, without that party's consent, would not only be contrary to the intendment of the *Statute of Westminster, 1931* but it could defeat the whole scheme of the Canadian federal Constitution.

It is enough to counter this assessment of the Newfoundland Court of Appeal by referring to what Gérin-Lajoie said in his seminal text *Constitutional Amendment in Canada* (1950) at p. 138:

> While the Parliament of the United Kingdom is precluded from enacting any constitutional amendment without a proper request from Canada the only competent voice of Canada for this purpose is that of the federal power. The provincial authorities—either executive or legislative—have no *locus standi* to move the British Parliament or Government with a view to securing an amendment to the federal Constitution.

It is obvious that any change in the legislative power of either Parliament or the provincial legislatures would directly affect the other. The thrust

pourrait arriver, quoique ce soit tout à fait improbable, que le Parlement britannique élève des objections à une demande de modification législative si par exemple elle a des effets législatifs importants auxquels une ou plusieurs provinces ne souscriraient pas; mais cela ne revient à rien de plus qu'à dire que le peuple canadien n'aurait pas encore convenu du mode de modification de ses relations constitutionnelles internes. Une fois d'accord sur ce moyen, l'indépendance législative, non seulement au fond mais dans la forme, sera atteinte.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a adopté la phrase mais a décidé que le juge Rand n'aurait pas dû limiter l'idée d'une fiducie au seul Dominion du Canada. De plus, la Cour est carrément passée à côté du point central de la conférence du juge Rand, que «la direction politique revient au Parlement du Dominion». A ce sujet la Cour déclare [à la p. 17]:

> [TRADUCTION] Nous endossons totalement cette déclaration mais ajoutons que le Parlement de Grande-Bretagne est un «simple fiduciaire législatif» *à la fois* du Parlement fédéral et des législatures provinciales relativement aux domaines qui relèvent de leur compétence législative respective. Une modification adoptée par le Parlement de Grande-Bretagne qui touche à la compétence de l'une ou l'autre des parties, sans le consentement de cette dernière, serait non seulement contraire à l'intention du *Statut de Westminster, 1931*, mais elle mettrait en échec toute l'économie de la constitution fédérale canadienne.

Pour parer à cette conclusion de la Cour d'appel de Terre-Neuve, il suffit de se reporter à ce que dit Gérin-Lajoie dans son ouvrage fécond *Constitutional Amendment in Canada*, 1950, à la p. 138:

> [TRADUCTION] Bien que le Parlement du Royaume-Uni ne puisse adopter de modifications constitutionnelles sans une demande canadienne dûment formulée, la seule voix compétente au Canada à cet égard est celle du pouvoir fédéral. Les autorités provinciales, que ce soit l'exécutif ou le législatif, n'ont pas de *locus standi* pour s'adresser au Parlement ou au gouvernement britannique afin d'obtenir une modification de la constitution fédérale.

Il est évident que tout changement du pouvoir législatif du Parlement ou des législatures provinciales toucherait directement à celui de l'autre. A

of the Newfoundland Court of Appeal's remarks just quoted goes more properly to the submissions and contentions on the nature of Canadian federalism than to any intendment of the *Statute of Westminster, 1931*. Whatever the statute may import as to intra-Canadian conventional procedures, there is nothing in it or in the proceedings leading up to it that casts any doubt in law as to the undiminished authority of the Parliament of the United Kingdom over the *British North America Act*.

XIII

At bottom, the challenge to the competency in law of the federal Houses to seek enactment by the Parliament of the United Kingdom of the statutes embodied in the Resolution is based on the recognized supremacy of provincial legislatures in relation to the powers conferred upon them under the *British North America Act*, a supremacy *vis-à-vis* the federal Parliament. Reinforcement, or perhaps the foundation of this supremacy is said to lie in the nature or character of Canadian federalism.

The supremacy position, taken alone, needs no further justification that that found in the respective formulations of the powers of Parliament and the provincial legislatures in ss. 91 and 92 of the *British North America Act*. Federal paramountcy is, however, the general rule in the actual exercise of these powers. This notwithstanding, the exclusiveness of the provincial powers (another way of expressing supremacy and more consonant with the terms of the *British North America Act*) cannot be gainsaid. The long list of judicial decisions, beginning with *Hodge v. The Queen*[20] and carrying through such cases as *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*[21] and the *Labour Conventions* case, *supra*, where the Privy Council expressed its "watertight compartments view" of legislative power (at p. 354) provide adequate support for the principle of exclusiveness or supremacy but, of course, within the limits of the *British North America Act*.

[20] (1883), 9 App. Cas. 117.
[21] [1892] A.C. 437.

vrai dire les remarques de la Cour d'appel de Terre-Neuve citées sont davantage pertinentes aux prétentions des parties relatives à la nature du fédéralisme canadien qu'à une interprétation du *Statut de Westminster, 1931*. Quoi que le Statut puisse impliquer relativement aux procédures conventionnelles intracanadiennes, ni lui ni les procédures dont il découle ne mettent en doute l'autorité juridique entière du Parlement du Royaume-Uni sur l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

XIII

En définitive, lorsqu'on conteste en droit la compétence des chambres fédérales de chercher à faire adopter par le Parlement du Royaume-Uni la loi incluse dans la résolution, on se fonde sur la suprématie reconnue des législatures provinciales sur les pouvoirs que leur confère l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, suprématie par rapport au Parlement fédéral. On fait valoir que le renforcement ou peut-être le fondement de cette suprématie découle de la nature ou des caractéristiques du fédéralisme canadien.

L'argument de la suprématie en soi se justifie du seul fait de la formulation même des pouvoirs respectifs du Parlement et des législatures provinciales aux art. 91 et 92 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Toutefois, la primauté fédérale est la règle générale dans l'exercice réel de ces pouvoirs. Ceci mis à part, l'exclusivité des pouvoirs provinciaux (soit une autre façon d'exprimer la suprématie plus en accord avec le texte de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*) ne peut être niée. La longue liste d'arrêts, de *Hodge v. The Queen*[20] en passant par *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*[21] et l'affaire des *Conventions de travail, précitée*, où le Conseil privé a parlé «des compartiments étanches» entre les pouvoirs législatifs (à la p. 354), donne un appui suffisant au principe de l'exclusivité ou de la suprématie mais, évidemment, dans le cadre de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

[20] (1883), 9 App. Cas. 117.
[21] [1892] A.C. 437.

Although there are what have been called unitary features in the *British North America Act*, involving overriding powers (to be distinguished from paramountcy of legislation) in the federal Parliament and government, their modification of exclusive provincial authority does not detract from that authority to any substantial degree. Thus, the federal declaratory power under s. 92(10)(*c*) has a limited operation; reservation and disallowance of provincial legislation, although in law still open, have, to all intents and purposes, fallen into disuse. The fact of appointment of the Lieutenant Governors of the provinces by the central government does not, as a practical matter, have any significance for provincial powers when, under the law, the Lieutenant Governor is as much the personal representative of the Crown as is the Governor General. In each case, the representation is, of course, in respect of the powers respectively assigned to Parliament and the legislatures. Moreover, since there is an international, a foreign relations aspect involved in the relationship of Canada and Great Britain, any formal communication between a province and its Lieutenant Governor with the United Kingdom Government or with the Queen, must be through the federal Government or through the Governor General.

It is important in this connection to emphasize that the Government of Canada had, by 1923, obtained recognition internationally of its independent power to enter into external obligations when it negotiated the Halibut Treaty with the United States. Great Britain understood this by that time as did the United States. The subsequent Imperial Conferences added confirmation, sanctified by the *Statute of Westminster, 1931* which also put internal independence from Great Britain on a legal foundation. The remaining badge of subservience, the need to resort to the British Parliament to amend the *British North America Act*, although preserved by the *Statute of Westminster, 1931* did not carry any diminution of Canada's legal right in international law, and as a matter of Canadian constitutional law, to assert its independence in external relations, be they with Great Britain or other countries. The matter is emphasized by the judgment of this Court in *Reference Re: Offshore Mineral Rights of British*

Bien qu'il y ait ce que l'on a appelé des traits unitaires dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, soit les pouvoirs prépondérants (à distinguer de la primauté de la législation) du Parlement et du gouvernement fédéraux, leur effet modificatif sur le pouvoir provincial exclusif n'y porte pas atteinte à un degré appréciable. Ainsi, le pouvoir déclaratoire du fédéral en vertu de l'al. 92(10)*c*) a une portée limitée; bien que le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales existe toujours en droit, il est tombé à toute fin pratique en désuétude. Le fait que les lieutenants-gouverneurs des provinces soient nommés par le gouvernement central n'a en pratique aucun impact sur les pouvoirs provinciaux puisqu'en droit, le lieutenant-gouverneur est tout autant le représentant personnel du Souverain que l'est le gouverneur général. Dans chaque cas, la représentation se rapporte évidemment aux pouvoirs respectifs conférés au Parlement et aux législatures. En outre, puisqu'il y a une dimension internationale et extérieure aux rapports entre le Canada et la Grande-Bretagne, toute communication officielle entre une province et son lieutenant-gouverneur et le gouvernement du Royaume-Uni ou la Reine doit se faire par l'intermédiaire du gouvernement fédéral ou du gouverneur général.

A cet égard, il est important de souligner que, dès 1923, le gouvernement du Canada a obtenu une reconnaissance internationale de son pouvoir indépendant de contracter des obligations avec l'étranger quand il négocia la Convention sur la pêche du flétan avec les États-Unis. La Grande-Bretagne l'avait compris à ce moment-là tout comme les États-Unis. Une confirmation est venue des conférences impériales subséquentes, sanctifiée par le *Statut de Westminster, 1931* qui a aussi donné une assise juridique à notre indépendance interne vis-à-vis de la Grande-Bretagne. Le dernier signe de soumission, le besoin de recourir au Parlement britannique pour modifier l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, bien que préservé par le *Statut de Westminster, 1931*, ne comporte aucune diminution du pouvoir du Canada en droit international et en droit constitutionnel canadien, d'affirmer son indépendance en matière de relations extérieures, que ce soit avec la Grande-Bretagne ou d'autres pays. Ce point est mis en relief par

Columbia[22], at p. 816. This is a relevant consideration in the appeals which are before this Court.

What is put forward by the provinces which oppose the forwarding of the address without provincial consent is that external relations with Great Britain in this respect must take account of the nature and character of Canadian federalism. It is contended that a legal underpinning of their position is to be found in the Canadian federal system as reflected in historical antecedents, in the pronouncements of leading political figures and in the preamble to the *British North America Act*.

The arguments from history do not lead to any consistent view or any single view of the nature of the *British North America Act*; selective interpretations are open and have been made; see *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1940), Book 1, at pp. 29 *ff*. History cannot alter the fact that in law there is a British statute to construe and apply in relation to a matter, fundamental as it is, that is not provided for by the statute. Practices which took account of evolving Canadian independence, did, of course, develop. They had both intra-Canadian and extra-Canadian aspects in relation to British legislative authority. The former have already been canvassed, both in the reasons on Question 2 and Question B and, to a degree, in these reasons. Theories, whether of a full compact theory (which, even factually, cannot be sustained, having regard to federal power to create new provinces out of federal territories, which was exercised in the creation of Alberta and Saskatchewan) or of a modified compact theory, as urged by some of the provinces, operate in the political realm, in political science studies. They do not engage the law, save as they might have some peripheral relevance to actual provisions of the *British North America Act* and its interpretation and application. Thus it is, to take one example, that in the *Nova Scotia Interdelegation* case, *Attorney General of Nova*

[22] [1967] S.C.R. 792.

l'arrêt de cette Cour dans le *Renvoi: Offshore Mineral Rights of British Columbia*[22], à la p. 816. C'est une considération pertinente aux pourvois dont cette Cour est saisie.

Les provinces qui s'opposent à l'envoi de l'adresse sans le consentement provincial font valoir que les relations extérieures avec la Grande-Bretagne à cet égard doivent tenir compte de la nature et des caractéristiques du fédéralisme canadien. Elles prétendent que leur position trouve un fondement juridique dans le régime fédéral canadien tel qu'il ressort des antécédents historiques, des déclarations de personnalités politiques importantes et du préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Les arguments tirés de l'histoire ne donnent pas une vision uniforme ni une vision unique de la nature de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; plusieurs interprétations sont possibles et plusieurs ont été faites; voir le *Rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces*, 1940, Livre 1, aux pp. 29 et suiv. L'histoire ne peut modifier le fait qu'en droit, il y a une loi britannique à interpréter et à appliquer relativement à un sujet absolument fondamental mais que la loi ne régit pas. On a évidemment vu se développer des pratiques qui tenaient compte de l'indépendance canadienne. Elles avaient à la fois des aspects intracanadiens et extra-canadiens par rapport au pouvoir législatif britannique. Les premières ont déjà été analysées à la fois dans les motifs relatifs à la question 2 et à la question B et, jusqu'à un certain point, dans ces motifs-ci. Qu'il s'agisse de la théorie absolue du pacte (qui, même du point de vue des faits, ne peut être défendue compte tenu du pouvoir fédéral de créer de nouvelles provinces à partir de territoires fédéraux, ce qui s'est produit lors de la création de l'Alberta et de la Saskatchewan) ou d'une théorie du pacte modifiée, comme l'allèguent certaines provinces, il s'agit de théories qui relèvent du domaine politique, de l'étude des sciences politiques. Elles ne mettent pas le droit en jeu, sauf dans la mesure où elles pourraient avoir une pertinence périphérique

[22] [1967] R.C.S. 792.

Scotia v. Attorney General of Canada[23], Rinfret C.J. said (at p. 34):

The constitution of Canada does not belong either to Parliament, or to the Legislatures; it belongs to the country and it is there that the citizens of the country will find the protection of the rights to which they are entitled. It is part of that protection that Parliament can legislate only on the subject matters referred to it by section 91 and that each Province can legislate exclusively on the subject matters referred to it by section 92.

This was said, however, in the context of an issue raised under the terms of the *British North America Act*, the issue being whether there could be interdelegation between the Parliament of Canada and the provincial legislatures of their respective legislative powers which, as to each level of authority, were conferred as exclusive powers. In the Court below, the Nova Scotia Supreme Court *en banc*, Chief Justice Chisholm remarked that the *British North America Act* is not a counter for the exchange of constitutional wares: see *Re Delegation of Legislative Jurisdiction*[24], at p. 6.

The statement, above-quoted, of Chief Justice Rinfret carries no independent legal consequence; it simply underscores the imperative character of the distribution of legislative power. In short, as in the attempt to argue crystallization of convention into law, there is nothing in the reference to theories of federalism reflected in some case law that goes beyond their use as an aid to a justiciable question raised apart from them.

So too, with pronouncements by political figures or persons in other branches of public life. There is little profit in parading them.

[23] [1951] S.C.R. 31.
[24] [1948] 4 D.L.R. 1.

sur les dispositions en vigueur de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et sur son interprétation et application. C'est pourquoi, pour prendre un exemple, dans l'affaire de la *Délégation interparlementaire, Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*[23] le juge en chef Rinfret dit (à la p. 34):

[TRADUCTION] La Constitution du Canada n'appartient ni au Parlement, ni aux législatures; elle appartient au pays. C'est en elle que les citoyens de ce pays trouveront la protection des droits auxquels ils peuvent prétendre. Le fait que le Parlement ne peut légiférer que sur les sujets que lui assigne l'article 91, et que chaque province peut légiférer exclusivement sur les matières que lui assigne l'article 92, fait partie de cette protection.

Il faut toutefois placer cette déclaration dans le contexte d'une question soulevée en regard de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*; la question était de savoir s'il pouvait y avoir entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales une délégation des pouvoirs législatifs respectifs confiés en tant que pouvoirs exclusifs à chaque ordre d'autorité. Devant la cour d'instance inférieure, soit la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en banc, le juge en chef Chisholm a souligné que l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne constituait pas un comptoir d'échange d'articles constitutionnels: voir *Re Delegation of Legislative Jurisdiction*[24], à la p. 6.

La déclaration susmentionnée du juge en chef Rinfret n'a en soi aucune conséquence juridique; elle souligne simplement le caractère impératif de la répartition des pouvoirs législatifs. En bref, tout comme l'argument de la cristallisation de la convention en une règle de droit, la mention des théories du fédéralisme dans certaines décisions ne constitue rien de plus qu'un appui à une question soumise aux tribunaux indépendamment de ces théories.

Il en va de même des déclarations de personnalités politiques ou de personnes dans d'autres secteurs de la vie publique. Il y a peu à gagner à en faire étalage.

[23] [1951] R.C.S. 31.
[24] [1948] 4 D.L.R. 1.

Support for a legal requirement of provincial consent to the Resolution that is before this Court, consent which is also alleged to condition United Kingdom response to the Resolution, is, finally, asserted to lie in the preamble of the *British North America Act* itself, and in the reflection, in the substantive terms of the Act, of what are said to be fundamental presuppositions in the preamble as to the nature of Canadian federalism. The preamble recites (and the whole of it is reproduced) the following:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

And whereas such a Union would conduce to the Welfare of the Provinces and promote the Interests of the British Empire:

And whereas on the Establishment of the Union by Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared:

And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of British North America:

What is stressed is the desire of the named provinces "to be federally united . . . with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom". The preamble speaks also of union into "One Dominion" and of the establishment of the Union "by Authority of Parliament", that is the United Kingdom Parliament. What, then, is to be drawn from the preamble as a matter of law? A preamble, needless to say, has no enacting force but, certainly, it can be called in aid to illuminate provisions of the statute in which it appears. Federal union "with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom" may well embrace responsible government and some common law aspects of the United Kingdom's unitary constitutionalism, such as the rule of law and Crown prerogatives and immunities. The "rule of law" is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons

On prétend enfin appuyer l'exigence juridique d'un consentement provincial à la résolution devant cette Cour, consentement qui conditionnerait aussi la réponse du Royaume-Uni, sur le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* lui-même et sur le reflet dans le texte formel de l'Acte de ce qui serait les présuppositions essentielles du préambule quant à la nature du fédéralisme canadien. Voici l'énoncé complet du préambule:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique:

Considérant de plus qu'il est opportun, concurremment avec l'établissement de l'union par autorité du parlement, non seulement de décréter la constitution du pouvoir législatif de la Puissance, mais aussi de définir la nature de son gouvernement exécutif:

Considérant de plus qu'il est nécessaire de pourvoir à l'admission éventuelle d'autres parties de l'Amérique du Nord britannique dans l'union:

Le préambule met de l'avant le désir des provinces nommées «de contracter une Union Fédérale ... avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Il parle aussi d'une union en «une seule et même Puissance» et de l'établissement de l'union «par autorité du parlement», c'est-à-dire le Parlement du Royaume-Uni. Que peut-on donc déduire du préambule du point de vue juridique? Il va sans dire qu'un préambule n'a aucune force exécutoire mais qu'on peut certainement y recourir pour éclaircir les dispositions de la loi qu'il introduit. L'union fédérale «avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni» peut fort bien comprendre le gouvernement responsable et des aspects de *common law* du régime constitutionnel unitaire du Royaume-Uni, tels la règle de droit et les prérogatives et immunités de la Couronne. La «règle de droit» est une

to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority. Legislative changes may alter common law prescriptions, as has happened with respect to Crown prerogatives and immunities. There is also an internal contradiction in speaking of federalism in the light of the invariable principle of British parliamentary supremacy. Of course, the resolution of this contradiction lies in the scheme of distribution of legislative power, but this owes nothing to the preamble, resting rather on its own exposition in the substantive terms of the *British North America Act*.

There is not and cannot be any standardized federal system from which particular conclusions must necessarily be drawn. Reference was made earlier to what were called unitary features of Canadian federalism and they operate to distinguish Canadian federalism from that of Australia and that of the United States. Allocations of legislative power differ as do the institutional arrangements through which power is exercised. This Court is being asked by the provinces which object to the so-called federal "package" to say that the internal distribution of legislative power must be projected externally, as a matter of law, although there is no legal warrant for this assertion and, indeed, what legal authority exists (as in s. 3 of the *Statute of Westminster, 1931*) denies this provincial position.

At bottom, it is this distribution, it is the allocation of legislative power as between the central Parliament and the provincial legislatures, that the provinces rely on as precluding unilateral federal action to seek amendments to the *British North America Act* that affect, whether by limitation or extension, provincial legislative authority. The Attorney General of Canada was pushed to the extreme by being forced to answer affirmatively the theoretical question whether in law the federal government could procure an amendment to the *British North America Act* that would turn Canada into a unitary state. That is not what the

expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale. Des modifications législatives peuvent changer les règles de *common law*, comme cela s'est produit pour les prérogatives et immunités de la Couronne. Il y a aussi une contradiction interne à parler du fédéralisme à la lumière du principe invariable de la suprématie parlementaire britannique. Bien sûr, la solution de cette contradiction se trouve dans le mécanisme de répartition des pouvoirs législatifs, mais ceci ne découle en rien du préambule et se fonde plutôt sur l'énoncé même du texte formel de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

Il n'y a pas ni ne peut y avoir de régime fédéral standardisé dont on doive tirer des conclusions particulières. On a parlé plus tôt de ce qu'on appelle les caractéristiques unitaires du fédéralisme canadien qui permettent de le distinguer de celui de l'Australie et des États-Unis. La répartition des pouvoirs législatifs diffère tout comme les institutions qui les exercent. Les provinces qui s'opposent à la proposition fédérale invitent cette Cour à déclarer que juridiquement la répartition interne des pouvoirs législatifs doit avoir des répercussions externes bien que cette affirmation ne soit aucunement justifiée en droit et que, d'ailleurs, le pouvoir légal existant (comme à l'art. 3 du *Statut de Westminster, 1931*) nie cette prétention des provinces.

Au fond, c'est cette distribution, la répartition du pouvoir législatif entre le Parlement central et les législatures provinciales, que les provinces invoquent pour bloquer l'action fédérale unilatérale visant des modifications de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui ont un effet sur le pouvoir législatif provincial, que ce soit en le limitant ou en l'étendant. Le procureur général du Canada a été poussé dans ses derniers retranchements lorsqu'on l'a forcé à répondre par l'affirmative à la question théorique de savoir si, en droit, le gouvernement fédéral pourrait obtenir une modification de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* qui

present Resolution envisages because the essential federal character of the country is preserved under the enactments proposed by the Resolution.

That, it is argued, is no reason for conceding unilateral federal authority to accomplish, through invocation of legislation by the United Kingdom Parliament, the purposes of the Resolution. There is here, however, an unprecedented situation in which the one constant since the enactment of the *British North America Act* in 1867 has been the legal authority of the United Kingdom Parliament to amend it. The law knows nothing of any requirement of provincial consent, either to a resolution of the federal Houses or as a condition of the exercise of United Kingdom legislative power.

In the result, the third question in the Manitoba and Newfoundland cases should, as a matter of law, be answered in the negative and Question B should, in its legal aspect, be answered in the affirmative.

XIV

There remains for consideration Question 4 in the Newfoundland Reference. The question, in effect, asks if the matters therein raised could happen under the amending formula in the draft statute appended to the Resolution proposed for adoption by the two federal Houses. There were, as previously noted, some changes in the draft statute prior to its adoption by the federal Houses and a change as well in the numbering of some of the sections relevant to Question 4. However, it is unnecessary to go into these number changes because the Attorney General of Canada agrees with the conclusions of the Newfoundland Court of Appeal as set out in the first three parts of its answer to the question, and the Attorney General of Newfoundland agrees with the Attorney General of Canada that the Newfoundland Court of Appeal was in error in the fourth part of its answer to the question. It was wrong to say that in a referendum under s. 42 (as it then was) of the proposed statute (now s. 47) the approval of the majority of the people in each province was required. The proper view was that only the approval of the majority of the people voting in a

ferait du Canada un Etat unitaire. Ce n'est pas ce que la présente résolution envisage puisque les caractéristiques fédérales essentielles du pays sont conservées par le projet de loi en question.

On fait valoir que ce n'est pas une raison pour concéder au fédéral le pouvoir unilatéral d'accomplir, par le recours à une loi du Parlement du Royaume-Uni, les fins de la résolution. Toutefois, devant cette situation sans précédent, il se dégage une constante depuis l'adoption de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* en 1867, le pouvoir du Parlement du Royaume-Uni de le modifier. Aucune loi ne requiert le consentement des provinces à une résolution des chambres fédérales ou à l'exercice par le Royaume-Uni de son pouvoir législatif.

En définitive, la troisième question posée dans les affaires du Manitoba et de Terre-Neuve doit recevoir en droit une réponse négative et la question B doit, du point de vue juridique, recevoir une réponse affirmative.

XIV

Il reste à examiner la question 4 du renvoi de Terre-Neuve. De fait il s'agit de savoir si les cas qu'elle énumère pourraient se produire en vertu de la formule de modification insérée dans le projet de loi annexé à la résolution soumise aux deux chambres fédérales. Comme on l'a déjà dit, le projet de loi a subi quelques changements avant son adoption par les chambres fédérales dont un changement de numérotation de certains articles pertinents à la question 4. Il n'est toutefois pas nécessaire de s'arrêter à ces changements de numérotation puisque le procureur général du Canada est d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel de Terre-Neuve sur les trois premières parties de sa réponse à la question et que le procureur général de Terre-Neuve convient avec le procureur général du Canada que la Cour d'appel de Terre-Neuve a commis une erreur dans la quatrième partie de sa réponse à la question. Il est faux de dire qu'en cas de référendum tenu en vertu de l'art. 42 (le numéro d'alors) du projet de loi (maintenant l'art. 47), l'approbation de la majorité des habitants de chaque province est requise. L'énoncé correct est que, dans ces provinces, il

referendum in those provinces, the approval of whose legislatures would be required under the general amending formula, would be necessary.

The Attorney General of Canada agreed with the Newfoundland Court of Appeal that an unqualified answer to Question 4 might be misleading and he submitted what he considered to be better answers to Question 4. Since there was substantial agreement before this Court by the Attorney General of Canada and the Attorney General of Newfoundland as to the proper anwer to Question 4, it is unnecessary to dwell on its details here. Moreover, it involves an assessment of the substantive terms of the draft statute proposed for enactment by the United Kingdom Parliament, and, in that respect, it is an example of the specifics which were sought in the answer to Question 1 and which, it was agreed by counsel, need not be elaborated. It is hence unnecessary to say more on Question 4, in the recognition also that this Court is not concerned here with the wisdom of the proposed enactment.

XV

Nothing said in these reasons is to be construed as either favouring or disapproving the proposed amending formula or the *Charter of Rights and Freedoms* or any of the other provisions of which enactment is sought. The questions put to this Court do not ask for its approval or disapproval of the contents of the so-called "package".

What is central here is the untrammelled authority at law of the two federal Houses to proceed as they wish in the management of their own procedures and hence to adopt the Resolution which is intended for submission to Her Majesty for action thereon by the United Kingdom Parliament. The *British North America Act* does not, either in terms or by implication, control this authority or require that it be subordinated to provincial assent. Nor does the *Statute of Westminster, 1931* interpose any requirement of such assent. If anything, it leaves the position as it was before its enactment. Developments subsequent thereto do not affect the legal position.

suffirait de l'approbation de la majorité des votants à un référendum auquel les législatures devraient également donner leur approbation en vertu de la formule de modification générale.

Le procureur général du Canada est d'accord avec la Cour d'appel de Terre-Neuve qu'une réponse sans réserve à la question 4 risquerait d'être trompeuse et il a présenté des réponses qu'il considérait comme meilleures. Puisque, devant cette Cour, le procureur général du Canada et le procureur général de Terre-Neuve se sont entendus pour l'essentiel sur la réponse appropriée à la question 4, il est inutile de s'y arrêter davantage ici. En outre, cela implique une évaluation du texte formel du projet de loi soumis à l'adoption du Parlement du Royaume-Uni; c'est là un exemple des détails que la réponse à la question 1 aurait pu comprendre et sur lesquels, du consentement des procureurs, on a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer. Il est donc inutile de parler plus longuement de la question 4, d'autant plus que cette Cour ne s'occupe pas ici de la sagesse du texte de loi proposé.

XV

Rien dans ces motifs ne doit être interprété comme une approbation ou une condamnation du projet de formule de modification, de la *Charte des droits et libertés* ou de l'une quelconque des dispositions dont l'adoption est recherchée. Les questions soumises à cette Cour ne requièrent pas qu'elle approuve ou condamne le contenu de ce qu'on a appelé la «proposition globale».

L'élément central ici est l'autorité totale en droit des deux chambres fédérales de mener comme elles le veulent leurs propres procédures et donc d'adopter la résolution qui doit être soumise à Sa Majesté pour que le Parlement du Royaume-Uni y donne suite. Que ce soit par son texte ou par implication, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ne régit pas ce pouvoir ni n'exige qu'il soit assujetti à la sanction provinciale. Le *Statut de Westminster, 1931* ne l'impose pas non plus. Au mieux, il laisse les choses comme elles l'étaient avant son adoption. L'évolution qui a suivi est sans effet sur la situation juridique.

In summary, the answers to Questions 1 and 3 common to the Manitoba and Newfoundland References, should be as follows:

Question 1: Yes.
Question 3: As a matter of law, no.

The answer to Question 4 in the Newfoundland Reference should be as expressed in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal, subject to the correction made in the reasons herein.

The answers to the questions in the Quebec Reference should be as follows:

Question A (i): Yes.
(ii): Yes.

Question B (i): As a matter of law, yes.
(ii): As a matter of law, yes.

There will be, of course, no order as to costs.

MARTLAND AND RITCHIE JJ. (*dissenting*)—These are three appeals from the opinions of the courts of appeal of Manitoba, Newfoundland and Quebec pronounced in respect of three References to those Courts concerning the constitutional propriety and lawfulness of a proposed resolution now before the Senate and House of Commons of Canada.

The Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred three questions to the Manitoba Court of Appeal for hearing and consideration by an Order in Council dated October 24, 1980; the questions were:

1. If the amendments to the Constitution of Canada sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada", or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected and if so, in what respect or respects?

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada

En résumé, les réponses aux questions 1 et 3 communes aux renvois du Manitoba et de Terre-Neuve sont les suivantes:

Question 1: Oui.
Question 3: Du point de vue juridique, non.

La réponse à la question 4 du renvoi de Terre-Neuve est celle exprimée dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve, sous réserve de la correction apportée dans les présents motifs.

Les réponses aux questions du renvoi du Québec sont les suivantes:

Question A (i): Oui.
(ii): Oui.

Question B (i): Du point de vue juridique, oui.
(ii): Du point de vue juridique, oui.

Il n'y aura évidemment aucune adjudication de dépens.

LES JUGES MARTLAND ET RITCHIE (*dissidents*)—Ces trois appels visent les opinions des cours d'appel du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec qui se sont prononcées dans trois renvois relatifs à la convenance et à la légalité constitutionnelles d'un projet de résolution actuellement devant le Sénat et la Chambre des communes du Canada.

Le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a déféré trois questions à la Cour d'appel du Manitoba pour examen et audition par un décret daté du 24 octobre 1980; les voici:

1. L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le «Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada» aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?
2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de

affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

3. Is the agreement of the provinces of Canada constitutionally required for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments?

The reasons for judgment were delivered by the Manitoba Court of Appeal on February 3, 1981[25]. A majority of the Court refused to answer Question 1 *supra*. Freedman C.J.M. and Matas J.A. held that the question was at that time tentative and premature. Hall J.A. held that Question 1 was not appropriate for a judicial response, and in any event was speculative and premature. Huband and O'Sullivan JJ.A. both held that the question should have been answered in the affirmative.

Freedman C.J.M., Matas, O'Sullivan and Huband JJ.A. answered Question 2 *supra* in the negative. Hall J.A. held that Question 2 was not appropriate for a judicial response.

Question 3 *supra* was answered in the negative by Freedman C.J.M., Hall and Matas JJ.A. O'Sullivan and Huband JJ.A. would have answered Question 3 in the affirmative.

By Order in Council dated December 5, 1980, the Lieutenant Governor in Council of Newfoundland referred four questions to the Newfoundland Court of Appeal for hearing and consideration. The first three questions asked were the same as those in the Manitoba Reference. Question 4 was as follows:

4. If Part V of the proposed resolution referred to in question 1 is enacted and proclaimed into force could

(a) the Terms of Union, including terms 2 and 17 thereof contained in the Schedule to the *British*

[25] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

3. Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

La Cour d'appel du Manitoba a rendu son jugement le 3 février 1981[25]. Une majorité des membres de la cour a refusé de répondre à la question 1 précitée. Le juge en chef Freedman du Manitoba et le juge Matas ont conclu que la question était alors hypothétique et prématurée. Le juge Hall a conclu que la question 1 ne se prêtait pas à une détermination judiciaire et qu'en tout état de cause elle était théorique et prématurée. Les juges Huband et O'Sullivan ont tous deux conclu que la question devait recevoir une réponse affirmative.

Le juge en chef Freedman du Manitoba et les juges Matas, O'Sullivan et Huband ont répondu à la question 2 précitée par la négative. Le juge Hall a conclu que la question 2 ne se prêtait pas à une détermination judiciaire.

Le juge en chef Freedman du Manitoba et les juges Hall et Matas ont répondu par la négative à la question 3 précitée. Les juges O'Sullivan et Huband y ont répondu par l'affirmative.

Par un décret daté du 5 décembre 1980, le lieutenant-gouverneur en conseil de Terre-Neuve a déféré quatre questions à la Cour d'appel de Terre-Neuve pour examen et audition. Les trois premières questions sont identiques à celles posées dans le renvoi du Manitoba. La question 4 est la suivante:

4. Si la partie V du projet de résolution dont il est fait mention à la question 1 est adoptée et mise en vigueur, est-ce que

a) les conditions de l'union, dont les conditions 2 et 17 qui se trouvent à l'annexe de l'*Acte de l'Amé-*

[25] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.

North America Act, 1949 (12-13 George VI, c. 22 (U.K.)), or

(b) section 3 of the *British North America Act, 1871* (34-35 Victoria, c. 28 (U.K.))

be amended directly or indirectly pursuant to Part V without the consent of the Government, Legislature or a majority of the people of the Province of Newfoundland voting in a referendum held pursuant to Part V?

The judgment of the unanimous Court was delivered on March 31, 1981[26]. In a joint opinion, Mifflin C.J.N., Morgan and Gushue JJ.A. answered Questions 1, 2 and 3 in the affirmative. Question 4 was answered in the following terms [at p. 30]:

(1) By s. 3 of the *British North America Act, 1871, Term 2* of the Terms of Union cannot now be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.

(2) By s. 43 of the *Constitution Act, 1981*, as it now reads, none of the Terms of Union can be changed without the consent of the Newfoundland Legislative Assembly.

(3) Both of these sections can be changed by the amending formulae prescribed in s. 41 and the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.

(4) If the amending formula under s. 42 is utilized, both of these sections can be changed by a referendum held pursuant to the provisions of s. 42. In this event, the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature, but not without the consent of the majority of the Newfoundland people voting in a referendum.

By Order in Council dated December 17, 1980, the Government of Quebec submitted to the Quebec Court of Appeal two questions, each containing two sub-questions. The following is the English translation of the questions submitted:

A) If the *Canada Act* and the *Constitution Act, 1981* should come into force and if they should be valid in all respects in Canada would they affect:

[26] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.

rique du Nord britannique, 1949 (12-13 George VI, chap. 22 (R.-U.)) ou

b) l'article 3 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* (34-35 Victoria, chap. 28 (R.-U.))

pourraient être modifiés directement ou indirectement en vertu de la partie V, sans le consentement du gouvernement, de la législature ou d'une majorité de la population de la province de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum tenu en vertu de la partie V?

La cour a rendu un jugement unanime le 31 mars 1981[26]. Dans des motifs conjoints, le juge en chef Mifflin de Terre-Neuve et les juges Morgan et Gushue répondent aux questions 1, 2 et 3 par l'affirmative. La question 4 reçoit la réponse suivante [à la p. 30]:

[TRADUCTION]

(1) Vu l'art. 3 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871*, la *condition 2* des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(2) Vu l'art. 43 de la *Loi constitutionnelle de 1981*, dans son texte actuel, aucune des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de l'assemblée législative de Terre-Neuve.

(3) Ces deux articles peuvent être changés par les formules de modification prévues à l'art. 41 et les conditions de l'union pourraient alors être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(4) Si la formule de modification de l'art. 42 est utilisée, les deux articles peuvent être changés par un référendum tenu conformément aux dispositions de cet article. En ce cas, les conditions de l'union pourraient être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve, mais non sans le consentement de la majorité de la population de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum.

Par décret daté du 17 décembre 1980, le gouvernement du Québec a déféré à la Cour d'appel du Québec deux questions, subdivisées en deux sous-questions que voici:

A. La *Loi sur le Canada* et la *Loi constitutionnelle de 1981* si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte:

[26] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

B) Does the Canadian Constitution empower, by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

The judgment of the Quebec Court of Appeal was delivered on April 15, 1981[27]. Crête C.J.Q., Owen, Turgeon and Bélanger JJ.A. answered both questions in the affirmative. Bisson J.A., dissenting, would have answered Question A in the affirmative and Question B in the negative.

Each of these judgments was appealed to this Court as of right. Argument was heard in this Court from the attorneys general of all ten provinces, the Attorney General of Canada, and the Four Nations Confederacy Inc. Argument was heard on each appeal, but the appeals were heard consecutively.

The *Canada Act* and the *Constitution Act, 1981*, referred to in the Quebec Reference, are the subjects of a resolution now before the Senate and House of Commons of Canada. That Resolution states:

THAT, WHEREAS in the past certain amendments to the Constitution of Canada have been made by the Parliament of the United Kingdom at the request and with the consent of Canada;

AND WHEREAS it is in accord with the status of Canada as an independent state that Canadians be able to amend their Constitution in Canada in all respects;

AND WHEREAS it is also desirable to provide in the Constitution of Canada for the recognition of certain

[27] [1981] C.A. 80; (1981), 120 D.L.R. (3d) 385.

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

B. La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

La Cour d'appel du Québec a rendu son jugement le 15 avril 1981[27]. Le juge en chef Crête du Québec et les juges Owen, Turgeon et Bélanger ont répondu aux deux questions par l'affirmative. Le juge Bisson, dissident, a répondu à la question A par l'affirmative et à la question B par la négative.

Les appels interjetés de chacun de ces arrêts sont devant cette Cour de plein droit. Cette Cour a entendu les plaidoiries des procureurs généraux des dix provinces, du procureur général du Canada et de la Four Nations Confederacy Inc. Chaque appel a respectivement été plaidé, mais ils ont été entendus consécutivement.

La *Loi sur le Canada* et la *Loi constitutionnelle de 1981*, mentionnées dans le renvoi du Québec, font l'objet d'une résolution actuellement devant le Sénat et la Chambre des communes du Canada. Cette résolution déclare:

CONSIDÉRANT:

que le Parlement du Royaume-Uni a modifié à plusieurs reprises la Constitution du Canada à la demande et avec le consentement de celui-ci;

que, de par le statut d'État indépendant du Canada, il est légitime que les Canadiens aient tout pouvoir pour modifier leur Constitution au Canada;

qu'il est souhaitable d'inscrire dans la Constitution du Canada la reconnaissance de certains droits et libertés

[27] [1981] C.A. 80.

fundamental rights and freedoms and to make other amendments to that Constitution;

A respectful address be presented to Her Majesty the Queen in the following words:

To the Queen's Most Excellent Majesty:
Most Gracious Sovereign:

We, Your Majesty's loyal subjects, the House of Commons of Canada in Parliament assembled, respectfully approach Your Majesty, requesting that you may graciously be pleased to cause to be laid before the Parliament of the United Kingdom a measure containing the recitals and clauses hereinafter set forth:

The recitals and clauses referred to in the Resolution set forth the *Canada Act* and the *Constitution Act, 1981*. The *Canada Act* recites the request and consent of the Senate and House of Commons to the measure, enacts the *Constitution Act, 1981*, and declares that no Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1981*, shall form part of the laws of Canada.

The *Constitution Act, 1981*, if validly enacted, would effect two major changes to the existing Constitution of Canada. Part I of the Act contains a Charter of Rights and Freedoms which would bind both the provincial and federal legislatures. Parts IV and V of the Act contain elaborate provisions for all future amendments to the Canadian Constitution.

It is now conceded that the answer to the first question in the Manitoba and Newfoundland References and to Questions A(i) and (ii) of the Quebec Reference should be in the affirmative. The second question in the Manitoba and Newfoundland References has been dealt with in a separate judgment to which we are parties. We agree with the disposition of the fourth question in the Newfoundland Reference proposed in the reasons for judgment of the other members of the Court which deal with that matter.

The third question in the Manitoba and the Newfoundland References asks whether the agreement of the provinces of Canada is "constitutionally required" for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights

fondamentaux et d'y apporter d'autres modifications;

il est proposé que soit présentée respectueusement à Sa Majesté la Reine l'adresse dont la teneur suit:

A Sa Très Excellente Majesté la Reine,
Très Gracieuse Souveraine:

Nous, membres de la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement, fidèles sujets de Votre Majesté, demandons respectueusement à Votre Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi ainsi conçu:

Le projet de loi mentionné dans la résolution constitue la *Loi sur le Canada* et la *Loi constitutionnelle de 1981*. La *Loi sur le Canada* fait état de la demande et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes à la démarche, adopte la *Loi constitutionnelle de 1981* et déclare que les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1981* ne feront pas partie du droit du Canada.

Si la *Loi constitutionnelle de 1981* était validement adoptée, la Constitution actuelle du Canada serait modifée sur deux points majeurs. La partie I de la Loi contient une charte des droits et libertés qui lierait à la fois les législatures provinciales et fédérale. Les parties IV et V de la Loi prévoient en détail le mode de modification futur de la constitution canadienne.

Il est maintenant acquis que la réponse à la première question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et aux alinéas (i) et (ii) de la question A du renvoi du Québec doit être affirmative. La deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve fait l'objet d'un jugement distinct auquel nous sommes parties. Nous souscrivons à la réponse à la quatrième question du renvoi de Terre-Neuve proposée dans les motifs de jugement des autres membres de la Cour qui traitent de ce point.

La troisième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve soulève le point de savoir si le consentement des provinces du Canada est «constitutionnellement nécessaire» pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou

or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments. If the second question is answered in the affirmative, then it is recognized that a constitutional convention exists that the House of Commons and the Senate will not request an amendment of the *B.N.A. Act* of the kind contemplated in Question 2 without first obtaining the agreement of the provinces. If that is so, then the agreement of the provinces is constitutionally required for such an amendment and the answer to Question 3 should be in the affirmative and, in our opinion, that answer should be given.

However, there is a further issue which requires consideration in that in the courts below and in the arguments submitted by counsel before this Court, the answer to Question 3 was debated as though the words "constitutionally required" were to be considered as meaning "legally required".

In the Quebec Reference the question is phrased differently in Question B. What is asked is whether the Senate and the House of Commons are empowered by the Canadian Constitution, whether by statute, convention or otherwise, to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces, and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect the legislative competence of provincial legislatures, or the status or role of provincial legislatures or governments within the Canadian Federation.

We were not referred to any statute which confers such a power. The answer to Question 2, if answered in the affirmative, denies that such a power exists by convention. The remaining issue is whether such a power has been conferred on the two Houses otherwise than by statute or convention.

We think Question B of the Quebec Reference more clearly raises the legal issue than does Question 3 in the other two References and we shall deal with that issue in these reasons.

altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements. Si l'on répond à la deuxième question par l'affirmative, on reconnaît alors l'existence d'une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat ne demanderont pas une modification de l'*A.A.N.B.* du genre envisagé à la question 2 sans obtenir au préalable le consentement des provinces. S'il en est ainsi, alors le consentement des provinces est constitutionnellement nécessaire à cette modification et la question 3 devrait recevoir une réponse affirmative et, à notre avis, c'est cette réponse qu'il y faut donner.

Toutefois, il convient d'examiner un autre point puisque devant les tribunaux d'instance inférieure et au cours des plaidoiries devant cette Cour, les procureurs ont débattu de la réponse à la question 3 comme si les mots «constitutionnellement nécessaire» devaient avoir le sens de «juridiquement nécessaire».

Dans le renvoi du Québec, le point en litige est formulé de façon différente à la question B. On y demande si la constitution canadienne habilite, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte à l'autorité législative des législatures provinciales ou au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne.

On ne nous a cité aucun statut qui confère ce pouvoir. Si la réponse à la question 2 est affirmative, elle nie que ce pouvoir existe de par une convention. Le point restant est celui de savoir si ce pouvoir a été conféré aux deux chambres autrement que par statut ou convention.

Nous estimons que la question B du renvoi du Québec soulève plus clairement le point de droit que ne le fait la question 3 des deux autres renvois et nous allons traiter de ce point dans ces motifs.

At the outset, we would point out that we are not concerned with the matter of legality or illegality in the sense of determining whether or not the passage of the Resolution under consideration involves a breach of the law. The issue is as to the existence of a power to do that which is proposed to be done. The question is whether it is *intra vires* of the Senate and the House of Commons to cause the proposed amendments to the *B.N.A. Act* to be made by the Imperial Parliament by means of the Resolution now before the Court, in the absence of provincial agreement.

This issue is unique because in the one hundred and fourteen years since Confederation the Senate and House of Commons of Canada have never sought, without the consent of the provinces, to obtain such an amendment nor, apparently, has that possibility ever been contemplated.

The *British North America Act, 1867* (herein the *B.N.A. Act*) commences with the following significant recitals:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

And whereas such a Union should conduce to the Welfare of the Provinces and promote the Interests of the British Empire:

And whereas on the Establishment of the Union by Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared:

And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of British North America:

The first recital makes it clear that this statute was passed at the behest of the named provinces and that what was sought was a federal union. The second recital states that such union would "conduce to the Welfare of the Provinces".

Parts I - V of the *B.N.A. Act* provide for the establishment of the union by proclamation, and

Avant tout, nous devons souligner qu'il ne s'agit pas d'une affaire qui met en cause la légalité ou l'illégalité dans le sens de déterminer si l'adoption de la résolution en cause implique une violation de la loi. Il s'agit de déterminer s'il existe un pouvoir de donner suite au projet. La question est de savoir s'il est de la compétence du Sénat et de la Chambre des communes de faire adopter le projet de modification de l'*A.A.N.B.* par le Parlement impérial au moyen de la résolution dont cette Cour est saisie, en l'absence du consentement provincial.

Cette question est unique parce qu'au cours des cent quatorze années écoulées depuis la Confédération, le Sénat et la Chambre des communes du Canada n'ont jamais cherché à obtenir une telle modification sans l'accord des provinces et, apparemment, cette possibilité n'a jamais été envisagée.

En préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (ci-après appelé l'*A.A.N.B.*), on trouve cet énoncé significatif:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique:

Considérant de plus qu'il est opportun, concurremment avec l'établissement de l'union par autorité du parlement, non seulement de décréter la constitution du pouvoir législatif de la Puissance, mais aussi de définir la nature de son gouvernement exécutif:

Considérant de plus qu'il est nécessaire de pourvoir à l'admission éventuelle d'autres parties de l'Amérique du Nord britannique dans l'union:

Le premier alinéa indique clairement que cette loi était adoptée sur les instances des provinces nommées et que l'on cherchait à former une union fédérale. Le deuxième alinéa énonce que cette union aurait «l'effet de développer la prospérité des provinces».

Les parties I à V de l'*A.A.N.B.* prévoient la création de l'union par proclamation et confèrent

for the vesting of executive and legislative authority in Her Majesty the Queen and Her representatives, and in the Parliament of Canada and the legislatures of the provinces. Part VI deals with the distribution of legislative powers. The opening words of s. 91 and s. 92 bear reproduction; they provide:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

Section 93 gave exclusive power to the provinces to make laws in relation to education, subject to certain protective provisions in respect of denominational and separate schools.

Section 95 gave concurrent legislative power to the provincial legislatures and to the Parliament of Canada with respect to agriculture and immigration, but provincial legislation was to be effective only so long as it was not repugnant to an Act of the Canadian Parliament.

Part VII of the *B.N.A. Act* dealt with judicature.

Part VIII dealt with revenues, debts and taxation. Section 109 provided that all lands, mines, minerals and royalties belonging to the several provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick should belong to the several provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick in which the same were situate.

Part IX is entitled "Miscellaneous Provisions". Section 129 continued all laws in effect in Canada, Nova Scotia and New Brunswick in effect at the

le pouvoir exécutif et législatif à Sa Majesté la Reine et à ses représentants, et au Parlement du Canada et aux législatures des provinces. La partie VI traite de la répartition des pouvoirs législatifs. Il n'est pas inutile de citer les alinéas introductifs des art. 91 et 92 que voici:

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par le présent déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

L'article 93 accorde aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer en matière d'éducation, sous réserve de certaines dispositions protectrices relatives aux écoles confessionnelles et séparées.

L'article 95 donne un pouvoir législatif concurrent aux législatures provinciales et au Parlement du Canada en matière d'agriculture et d'immigration, mais les lois provinciales ne conserveront leur effet que tant qu'elles ne seront pas incompatibles avec un acte du Parlement du Canada.

La partie VII de l'*A.A.N.B.* traite du judiciaire.

La partie VIII traite des revenus, des dettes et de la taxe. L'article 109 prévoit que toutes les terres, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick appartiendront aux différentes provinces de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick dans lesquelles ils sont situés.

La partie IX est intitulée «Dispositions diverses». L'article 129 maintient toutes les lois du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick

Union, subject, except as to Acts of the Parliament of Great Britain, to repeal, abolition or alteration by the Parliament of Canada or a provincial legislature according to their authority under the *B.N.A. Act*.

Part X dealt with the Intercolonial Railway.

Part XI is concerned with the admission of other colonies. Section 146 provided:

146. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, on Addresses from the Houses of the Parliament of Canada, and from the Houses of the respective Legislatures of the Colonies or Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, and British Columbia, to admit those Colonies or Provinces, or any of them, into the Union, and on Address from the Houses of the Parliament of Canada to admit Rupert's Land and the North-western Territory, or either of them, into the Union, on such Terms and Conditions in each Case as are in the Addresses expressed and as the Queen thinks fit to approve, subject to the Provisions of this Act; and the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

This Act became the Constitution of Canada. It created a federal union of provinces and it carefully defined the respective spheres of the Canadian Parliament and the provincial legislatures in matters of legislative jurisdiction and property rights.

The status of the provinces under the Constitution was determined by the Privy Council in two important cases which arose not long after the enactment of the *B.N.A. Act*.

It was contended in *Hodge v. The Queen*[28] that a provincial legislature could not delegate its legislative powers to License Commissioners, for it was itself merely a delegate of the Imperial Parliament. The Judicial Committee of the Privy Council rejected this argument in the following terms, at p. 132:

[28] (1883), 9 App. Cas. 117.

au moment de l'union, sous réserve d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada ou par une législature provinciale conformément à l'autorité que leur confère l'*A.A.N.B.*, tout en excluant les actes du Parlement de Grande-Bretagne.

La partie X traite du Chemin de fer intercolonial.

La partie XI vise l'admission d'autres colonies. L'article 146 prévoit:

146. Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très-honorable Conseil Privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, et des chambres des législatures respectives des colonies ou provinces de Terreneuve, de l'Ile du Prince Edouard et de la Colombie Britannique, d'admettre ces colonies ou provinces, ou aucune d'elles dans l'union,— et, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du parlement du Canada, d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions, dans l'union, aux termes et conditions, dans chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément au présent; les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard, auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande.

Cet acte est devenu la Constitution du Canada. Il a créé une union fédérale de provinces et il a soigneusement défini les domaines respectifs du Parlement canadien et des législatures provinciales en matière de compétence législative et de droits de propriété.

Le statut des provinces aux termes de la Constitution a été fixé par le Conseil privé dans deux affaires importantes qui lui ont été soumises après l'adoption de l'*A.A.N.B.*

Dans l'affaire *Hodge v. The Queen*[28], on a prétendu qu'une législature provinciale ne pouvait déléguer ses pouvoirs législatifs aux commissaires au permis parce qu'elle était elle-même un simple délégué du Parlement impérial. Le Comité judiciaire du Conseil privé a rejeté cet argument dans les termes suivants à la p. 132:

[28] (1883), 9 App. Cas. 117.

It appears to their Lordships, however, that the objection thus raised by the appellants is founded on an entire misconception of the true character and position of the provincial legislatures. They are in no sense delegates of or acting under any mandate from the Imperial Parliament. When the British North America Act enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the Province and for provincial purposes in relation to the matters enumerated in sect. 92, it conferred powers not in any sense to be exercised by delegation from or as agents of the Imperial Parliament, but authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subjects and area the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the Dominion, would have had under like circumstances to confide to a municipal institution or body of its own creation authority to make by-laws or resolutions as to subjects specified in the enactment, and with the object of carrying the enactment into operation and effect.

In *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*[29], it was argued that the province enjoyed no part of the Crown prerogative, and accordingly the Province of New Brunswick could not claim priority in respect of the Bank's assets for a debt owed to the province. The argument also involved the proposition that the federal government did not share this constitutional incompetence. At p. 438, counsel contended:

The prerogative rights of the Crown cannot be invoked and exercised by the provincial government, as distinguished from the Dominion Government. There is no section in the British North America Act of 1867 which gives this Crown right to the province. Accordingly, if the province possesses that right it must be on the general principle that the Lieutenant-Governor is entitled to exercise the prerogative of the Crown. But the effect of the Act of 1867 is that the Dominion Government represents the four provinces existing at the time of the Union and other provinces which were thereafter to be constituted; and, consequently, the direct connec-

[29] [1892] A.C. 437.

[TRADUCTION] Toutefois, il semble évident à leurs Seigneuries que l'objection ainsi soulevée par les appelants repose sur une conception tout à fait erronée du caractère et de la situation réels des législatures provinciales. Celles-ci ne sont en aucune façon les délégués du Parlement impérial; elles n'agissent pas non plus en vertu d'un mandat reçu de ce dernier. En décrétant que l'Ontario avait droit à une législature et qu'il appartenait en exclusivité à son Assemblée législative d'adopter des lois pour la province et pour des fins provinciales relativement aux catégories de sujets énumérés à l'art. 92, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui conféra, non pas des pouvoirs qu'elle était censée exercer par délégation ou en qualité de représentant du Parlement impérial, mais une autorité aussi complète et aussi vaste, dans les limites prescrites par l'art. 92, que le Parlement impérial, dans la plénitude de ses attributions, possédait et pouvait conférer. Dans les limites des sujets précités et à l'intérieur de ce cadre, la législature locale est souveraine et possède le même pouvoir que le Parlement impérial ou le Parlement du Dominion aurait, dans des circonstances analogues, de déléguer à une institution municipale ou à un organisme de sa création le pouvoir d'adopter des règlements ou résolutions quant aux sujets mentionnés dans la loi, en vue de la mise en vigueur et de l'application de ladite mesure.

Dans l'affaire *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*[29], on a fait valoir que la province ne jouissait d'aucun élément de la prérogative de la Couronne et que par conséquent la province du Nouveau-Brunswick ne pouvait réclamer de préférence à l'égard des biens de la banque pour une dette due à la province. On plaidait aussi que le gouvernement fédéral ne partageait pas cette incompétence constitutionnelle. A la p. 438, l'avocat a prétendu:

[TRADUCTION] A la différence du gouvernement du Dominion, le gouvernement provincial ne peut invoquer et exercer les prérogatives de la Couronne. Aucun article de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 ne confère ce droit de la Couronne à la province. Par conséquent, si la province possède ce droit, elle doit l'appuyer sur le principe général que le lieutenant-gouverneur a le droit d'exercer la prérogative de la Couronne. Mais l'effet de l'Acte de 1867 est que le gouvernement du Dominion représente les quatre provinces qui existaient au moment de l'Union et les autres provinces qui ont été constituées par la suite; par conséquent, le

[29] [1892] A.C. 437.

tion between the Crown and the provinces has ceased. The Governor-General of Canada is the real representative of the Crown as the Dominion is at present constituted; and the Lieutenant-Governor of each province is not. Certain portions of prerogative are given to the Lieutenant-Governors, and that is inconsistent with their representing the Crown entirely. Otherwise, if the Dominion and the provinces both possess full prerogative rights you might have the Crown as representing the one contending with the Crown as representing the other.

Lord Watson spoke for the Judicial Committee and, at p. 441, had this to say:

... they maintained that the effect of the statute has been to sever all connection between the Crown and the provinces; to make the government of the Dominion the only government of Her Majesty in North America; and to reduce the provinces to the rank of independent municipal institutions. For these propositions, which contain the sum and substance of the arguments addressed to them in support of this appeal, their Lordships have been unable to find either principle or authority.

Their Lordships do not think it necessary to examine, in minute detail, the provisions of the Act of 1867, which nowhere profess to curtail in any respect the rights and privileges of the Crown, or to disturb the relations then subsisting between the Sovereign and the provinces. The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy. That object was accomplished by distributing, between the Dominion and the provinces, all powers executive and legislative, and all public property and revenues which had previously belonged to the provinces; so that the Dominion Government should be vested with such of these powers, property, and revenues as were necessary for the due performance of its constitutional functions, and that the remainder should be retained by the provinces for the purposes of provincial government. But, in so far as regards those matters which, by sect. 92, are specially reserved for provincial legislation, the legislation of each province continues to be free from the control of the Dominion, and as supreme as it was before the passing of the Act.

After quoting from the *Hodge* case included in the passage cited above, he continued:

lien direct entre la Couronne et les provinces a cessé. Le gouverneur général du Canada est le véritable représentant de la Couronne vu la constitution actuelle du Dominion; et le lieutenant-gouverneur de chaque province ne l'est pas. Les lieutenants-gouverneurs ont reçu certains éléments de la prérogative ce qui est incompatible avec leur capacité de représenter entièrement la Couronne. Autrement, si le Dominion et les provinces possèdent tous deux les droits de prérogative au complet, on pourrait avoir la situation où la Couronne représentant l'un s'oppose à la Couronne représentant l'autre.

Lord Watson a exprimé l'avis du Comité judiciaire et voici ce qu'il dit à la p. 441:

[TRADUCTION] Ils ont soutenu que l'Acte a eu pour effet de trancher tout lien unissant les provinces à la Couronne; de faire du gouvernement du Dominion l'unique gouvernement de Sa Majesté en Amérique du Nord; et de reléguer les provinces au rang d'institutions municipales indépendantes. Leurs Seigneuries n'ont pu découvrir ni principe ni précédent applicables à ces propositions, qui contiennent la somme et le fond des arguments invoqués à l'appui de cet appel.

Leurs Seigneuries ne croient pas nécessaire de scruter à fond les dispositions de l'Acte de 1867, lesquelles ne visent nulle part à restreindre de quelque façon les droits et privilèges de la Couronne, ni à modifier les relations qui existaient alors entre la souveraine et les provinces. Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie. Ce but fut atteint par la répartition, entre le Dominion et les provinces, de tous les pouvoirs exécutifs et législatifs, ainsi que de tous les biens et revenus publics qui avaient jusque-là appartenu aux provinces, de telle façon que le gouvernement du Dominion recevait les pouvoirs, biens et revenus nécessaires à l'exercice complet de ses attributions constitutionnelles, et les provinces conservaient le reste pour les besoins de l'administration provinciale. Toutefois, pour ce qui est des matières que l'art. 92 réserve spécialement à la législation provinciale, la province continue d'échapper au contrôle fédéral et sa souveraineté est la même qu'avant l'adoption de l'Acte.

Après avoir cité un passage de l'affaire *Hodge*, compris dans l'extrait précité, il continue:

It is clear, therefore, that the provincial legislature of New Brunswick does not occupy the subordinate position which was ascribed to it in the argument of the appellants. It derives no authority from the Government of Canada, and its status is in no way analogous to that of a municipal institution, which is an authority constituted for purposes of local administration. It possesses powers, not of administration merely, but of legislation, in the strictest sense of that word; and, within the limits assigned by sect. 92 of the Act of 1867, these powers are exclusive and supreme. It would require very express language, such as is not to be found in the Act of 1867, to warrant the inference that the Imperial Legislature meant to vest in the provinces of Canada the right of exercising supreme legislative powers in which the British Sovereign was to have no share.

It was later established that the federal distribution of powers embraces not only legislative but also executive powers: *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*[30], at p. 580, per Lord Haldane. At p. 581 he said, referring to the *Maritime Bank (supra)* case:

It was there laid down that "the act of the Governor-General and his Council in making the appointments is, within the meaning of the statute, the act of the Crown; and a Lieutenant-Governor, when appointed, is as much the representative of Her Majesty for all purposes of provincial government as the Governor-General himself is for all purposes of Dominion government."

The assignment of powers by the Act to the Parliament of Canada and to the provincial legislatures covered the whole area of self government. This was recognized by the Privy Council in *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*[31] at p. 581:

In 1867 the desire of Canada for a definite Constitution embracing the entire Dominion was embodied in the British North America Act. Now, there can be no doubt that under this organic instrument the powers distributed between the Dominion on the one hand and the provinces on the other hand cover the whole area of self-government within the whole area of Canada. It would be subversive of the entire scheme and policy of the Act to assume that any point of internal self-government was withheld from Canada.

[30] [1916] 1 A.C. 566.
[31] [1912] A.C. 571.

[TRADUCTION] Par conséquent, il est clair que la législature provinciale du Nouveau-Brunswick n'est pas un organisme subordonné comme l'ont prétendu les appelants. Elle ne tire aucunement son autorité du gouvernement du Canada et son statut ne ressemble en rien à celui d'une institution municipale, qui est un organisme constitué à des fins d'administration locale. Elle possède des pouvoirs qui ne sont pas simplement des pouvoirs administratifs mais bien des pouvoirs législatifs, au sens strict du terme, et, dans les limites fixées par l'art. 92 de l'Acte de 1867, ces pouvoirs sont exclusifs et souverains. Il faudrait des termes très précis, qu'on ne trouve pas dans l'Acte de 1867, pour appuyer le raisonnement que le Parlement impérial a voulu donner aux provinces canadiennes le droit d'exercer des pouvoirs législatifs souverains auxquels le souverain britannique ne participerait aucunement.

On a établi ultérieurement que la répartition fédérale des pouvoirs comprend non seulement les pouvoirs législatifs mais aussi les pouvoirs exécutifs: *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*[30] à la p. 580, lord Haldane. A la p. 581, il dit à propos de l'affaire *Maritime Bank*, (précitée):

[TRADUCTION] On y a déclaré que «l'acte du gouverneur général et de son conseil en faisant cette nomination est, au sens de la loi, l'acte de la Couronne; un lieutenant-gouverneur, lorsqu'il est nommé, représente tout aussi bien Sa Majesté à toutes fins provinciales que le gouverneur général la représente à toutes fins fédérales.»

La répartition des pouvoirs par l'Acte entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales couvre l'ensemble de la souveraineté. C'est ce qu'a reconnu le Conseil privé dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*[31] à la p. 581:

[TRADUCTION] En 1867, le désir du Canada d'avoir une constitution précise englobant l'ensemble du Dominion a été consacré par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il ne peut faire maintenant aucun doute qu'en vertu de ce document organique, les pouvoirs répartis entre le Dominion d'une part et les provinces d'autre part couvrent l'ensemble de la souveraineté dans le gouvernement de tout le territoire du Canada. Il serait contraire à l'ensemble du plan et de l'économie de l'Acte de prétendre que le Canada n'a pas reçu le droit intégral de se gouverner lui-même sur son territoire.

[30] [1916] 1 A.C. 566.
[31] [1912] A.C. 571.

In *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*[32], at p. 643 Rand J. stated:

> It has become a truism that the totality of effective legislative power is conferred by the Act of 1867, subject always to the express or necessarily implied limitations of the Act itself . . . .

The foregoing review shows that the enactment of the *B.N.A. Act* created a federal constitution of Canada which confided the whole area of self-government within Canada to the Parliament of Canada and the provincial legislatures each being supreme within its own defined sphere and area. It can fairly be said, therefore, that the dominant principle of Canadian constitutional law is federalism. The implications of that principle are clear. Each level of government should not be permitted to encroach on the other, either directly or indirectly. The political compromise achieved as a result of the Quebec and London Conferences preceding the passage of the *B.N.A. Act* would be dissolved unless there were substantive and effective limits on unconstitutional action.

The *B.N.A. Act* did not make any specific provision as to the means of determining the constitutionality of any federal or provincial legislation. That task has been assumed and performed by the courts, with supreme authority initially resting with the Judicial Committee of the Privy Council and, since 1949, with this Court.

In performing this function, the courts, in addition to dealing with cases involving alleged excesses of legislative jurisdiction, have had occasion to develop legal principles based on the necessity of preserving the integrity of the federal structure. We will be dealing with these later in this judgment. We will, however, at this point cite one instance of the performance of this task in the following case by the Privy Council.

In *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*[33], (the *Labour Conventions* case) the issue was as to the constitutional validity of three federal statutes enacted in 1935 dealing with labour matters, such as weekly rest in indus-

[32] [1958] S.C.R. 626.
[33] [1937] A.C. 326.

L'arrêt *Murphy c. Canadien Pacifique*[32], à la p. 643, le juge Rand déclare:

> [TRADUCTION] On s'accorde à reconnaître que l'Acte de 1867 confère la totalité du pouvoir législatif, sous réserve des restrictions expresses ou tacites apportées par l'Acte lui-même; . . .

Cette analyse indique que l'adoption de l'*A.A.N.B.* crée une constitution fédérale pour le Canada qui confie l'ensemble de la souveraineté canadienne au Parlement du Canada et aux législatures provinciales, chacun étant souverain dans sa propre sphère ainsi définie. On peut donc dire à bon droit que le principe dominant du droit constitutionnel canadien est le fédéralisme. Les implications de ce principe sont claires. On ne devrait permettre à aucun ordre de gouvernement d'empiéter sur l'autre, que ce soit directement ou indirectement. Le compromis politique atteint par suite des conférences de Québec et de Londres avant l'adoption de l'*A.A.N.B.* disparaîtrait à moins qu'il y ait des limites efficaces et formelles à une action inconstitutionnelle.

L'*A.A.N.B.* ne précise pas les moyens de déterminer la constitutionnalité de lois fédérales ou provinciales. Les tribunaux ont assumé et exécuté cette tâche et l'autorité suprême, conférée à l'origine au Comité judiciaire du Conseil privé, l'est depuis 1949 à cette Cour.

Dans l'exécution de cette fonction et en plus de connaître des cas d'allégations d'excès de pouvoir législatif, les tribunaux ont eu la possibilité d'élaborer des principes juridiques fondés sur la nécessité de préserver l'intégrité de la structure fédérale. Nous en traiterons plus loin dans ces motifs. Toutefois, nous allons nous référer à ce stade à un cas où le Conseil privé s'est acquitté de cette fonction.

Dans l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*[33], (l'affaire des *Conventions de travail*), le litige portait sur la constitutionnalité de trois lois fédérales adoptées en 1935 relatives à des questions de droit du

[32] [1958] R.C.S. 626.
[33] [1937] A.C. 326.

trial undertakings, hours of work and minimum wages. In substance, they gave effect to draft conventions adopted by the International Labour Organization of the League of Nations in accordance with the Labour Pact of the Treaty of Versailles, 1919, ratified by Canada. For the Attorney General of Canada it was argued that the legislation was valid because it was for the purpose of performing Canadian treaty obligations. For the province it was contended that the statutes related to property and civil rights in the province.

The argument made on behalf of the Attorney General of Canada, as reported at p. 330, was very similar to the submissions made for the Attorney General of Canada in this case:

By the transference of the treaty-making power to the Dominion executive, and correlative power to legislate to carry out the obligations, nothing is taken from the Provinces.

(Lord Atkin. The Dominion has not got unlimited powers of legislation.)

The residuary clause of s. 91 of the British North America Act is capable of the construction, which is not inconsistent with decided cases, that where Canada has properly incurred an international obligation with respect to any matter whatsoever, that within whatever classes in ss. 91 and 92 it may be described as coming under other circumstances, once the matter has assumed the aspect of an international bargain it is no longer to be treated as belonging to any one of the enumerated classes.

(Lord Atkin. That is a very far-reaching doctrine: it means that Canada could make an agreement with any State which would seriously affect Provincial rights.)

It is a power which cannot be exercised by Canada alone; some other country must be found which is willing to enter into a bargain. This matter must not be looked at as though Canada is going to look about the world to find some one with whom to make an agreement for the purpose of robbing the Provinces of their constitutional rights. But, logically, it must be admitted that whatever Canada and such other country agree to do can be effected by Canada.

This argument was rejected not only on the basis that there was no support for it in the

travail, tels le repos hebdomadaire dans les établissements industriels, les heures de travail et les salaires minima. En somme, elles donnaient effet au projet de conventions adopté par l'Organisation internationale du travail de la Société des Nations en vertu de la partie du Traité de Versailles de 1919 qui concerne le travail et que le Canada avait ratifiée. On y a fait valoir au nom du procureur général du Canada que les lois étaient valides parce qu'elles avaient pour but de mettre en œuvre des obligations contractées par le Canada aux termes du traité. Au nom de la province, on a prétendu que les lois se rapportaient à la propriété et aux droits civils dans la province.

L'argument présenté au nom du procureur général du Canada, publié à la p. 330, est très semblable aux prétentions de ce dernier en l'espèce:

[TRADUCTION] Le transfert du pouvoir de conclure des traités à l'exécutif du Dominion et le pouvoir corrélatif de légiférer pour donner effet aux obligations n'enlèvent rien aux provinces.

(Lord Atkin. Le Dominion n'a pas des pouvoirs législatifs illimités.)

La clause résiduaire de l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique peut être interprétée d'une façon qui n'est pas incompatible avec la jurisprudence, savoir lorsque le Canada a dûment contracté une obligation internationale relative à un sujet donné qui peut relever de n'importe quelles catégories des articles 91 et 92, on peut alors dire qu'il relève d'autres circonstances; une fois qu'il a pris l'aspect d'une entente internationale, on ne peut plus le traiter comme appartenant à l'une des catégories énumérées.

(Lord Atkin. C'est une doctrine qui va très loin: elle signifie que le Canada pourrait conclure une entente avec un Etat qui porterait sérieusement atteinte aux droits provinciaux.)

C'est un pouvoir que le Canada ne peut exercer seul; il doit y avoir d'autres pays qui veulent conclure une entente. On ne doit pas considérer la question comme si le Canada allait chercher dans le monde quelqu'un avec qui conclure un accord pour voler aux provinces leurs droits constitutionnels. Mais, logiquement, on doit admettre que quoi que le Canada et un autre pays conviennent, le Canada peut le faire.

Cet argument fut rejeté non seulement parce qu'on ne lui trouve aucun appui dans la Constitu-

Constitution itself, but also because of its incompatibility with the federal structure of government in Canada. At pp. 351-53, Lord Atkin said:

For the purposes of ss. 91 and 92, i.e., the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces, there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects; and as a treaty deals with a particular class of subjects so will the legislative power of performing it be ascertained. No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the inter-provincial compact to which the British North America Act gives effect. If the position of Lower Canada, now Quebec, alone were considered, the existence of her separate jurisprudence as to both property and civil rights might be said to depend upon loyal adherence to her constitutional right to the exclusive competence of her own Legislature in these matters. Nor is it of less importance for the other Provinces, though their law may be based on English jurisprudence, to preserve their own right to legislate for themselves in respect of local conditions which may vary by as great a distance as separates the Atlantic from the Pacific. It would be remarkable that while the Dominion could not initiate legislation, however desirable, which affected civil rights in the Provinces, yet its Government not responsible to the Provinces nor controlled by Provincial Parliaments need only agree with a foreign country to enact such legislation, and its Parliament would be forthwith clothed with authority to affect Provincial rights to the full extent of such agreement. Such a result would appear to undermine the constitutional safeguards of Provincial constitutional autonomy.

It follows from what has been said that no further legislative competence is obtained by the Dominion from its accession to international status, and the consequent increase in the scope of its executive functions. It is true, as pointed out in the judgment of the Chief Justice, that as the executive is now clothed with the powers of making treaties so the Parliament of Canada, to which the executive is responsible, has imposed upon it responsibilities in connection with such treaties, for if it were to disapprove of them they would either not be made or the Ministers would meet their constitutional fate. But this is true of all executive functions in their relation to Parliament. There is no existing constitutional ground for stretching the competence of the Dominion Parliament so that it becomes enlarged to keep pace with enlarged functions of the Dominion executive. If the new functions affect the classes of subjects enumerated in s. 92 legislation to support the new functions is in the competence of the Provincial Legislatures only. If they

tion elle-même, mais aussi parce qu'il est incompatible avec la structure fédérale du gouvernement du Canada. Aux pp. 351 à 353, lord Atkin dit:

[TRADUCTION] Aux fins des art. 91 et 92, c'est-à-dire de la répartition des pouvoirs législatifs entre le Dominion et les provinces, la législation en matière de traités n'existe pas comme telle. La répartition est fondée sur des catégories de sujets: la catégorie particulière de sujets faisant l'objet d'un traité déterminera l'autorité législative chargée de l'appliquer. Personne ne saurait douter que cette répartition soit une des conditions les plus essentielles, peut-être la plus essentielle entre toutes, du pacte interprovincial consacré par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Si l'on considère seulement la situation du Bas-Canada, le Québec d'aujourd'hui, on peut dire que l'existence de son système juridique distinct touchant la propriété et les droits civils tient au respect rigoureux de son droit constitutionnel d'exercer une compétence exclusive en pareilles matières. Il importe autant aux autres provinces, séparées par des différences aussi considérables que la distance de l'Atlantique au Pacifique, et bien que leur droit repose sur le droit anglais, de conserver leur autonomie législative. Il serait extraordinaire que le Dominion, privé d'initiative, même recommandable, quant aux droits civils dans les provinces, pût, sans responsabilité envers lesdites provinces et sans que leurs parlements puissent le contrôler, légiférer du simple fait d'un accord avec un pays étranger; son Parlement disposerait alors de l'autorité requise pour porter atteinte aux droits provinciaux, dans la pleine mesure de cet accord. On tendrait ainsi à saper les sauvegardes constitutionnelles de l'autonomie provinciale.

De ce qui précède, il faut conclure que son nouveau statut international, et les attributions exécutives plus étendues qui en découlent, ne confèrent pas au Dominion une plus vaste compétence législative. Il est vrai, comme l'a noté le juge en chef dans ses motifs, que l'Exécutif est maintenant revêtu du pouvoir de conclure des traités; d'autre part, le Parlement du Canada, envers lequel il est responsable, le rend comptable de ces traités. Si le Parlement n'en veut pas, ils ne pourraient être faits ou alors les ministres subiraient le sort prévu par la Constitution. Mais cela est vrai de toutes les attributions de l'Exécutif par rapport au Parlement. Rien dans la Constitution actuelle ne permet d'étendre la compétence du Parlement du Dominion jusqu'au point où elle irait de pair avec l'extension des attributions de l'Exécutif du Dominion. Si les nouvelles attributions portent sur les catégories de sujets énumérés à l'art. 92, la législation les appuyant relève uniquement des législatures provinciales. Dans le cas contraire, la compétence de la législa-

do not, the competence of the Dominion Legislature is declared by s. 91 and existed ab origine. In other words, the Dominion cannot, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.

There are several features of the *Labour Conventions* case which require emphasis. The federal government was in that case asserting the right to enact legislation which was within provincial authority in order to carry out the treaty obligations which it had assumed. No question was raised as to the validity of the federal government's authority to negotiate and ratify international treaties. What was held unconstitutional by the Privy Council was the use of that lawful procedure to legislate indirectly beyond the powers invested in the federal Parliament by s. 91 of the *B.N.A. Act*.

In these appeals this Court is equally concerned with the exercise of a valid power, namely, the power of the federal Houses of Parliament to pass resolutions requesting amendments to the *B.N.A. Act*. That power has historic foundation, but we note that it has never before been exercised for the purpose of curtailing provincial legislative authority without provincial consent. In the context of the *Labour Conventions* case, the issue in these appeals is whether the established incompetence of the federal government to encroach on provincial powers can be avoided through the use of the resolution procedure to effect a constitutional amendment passed at the behest of the federal government by the Parliament of the United Kingdom.

The only provisions of the *B.N.A. Act* dealing with amendments to the Constitution are as follows. Head 1 of s. 92 empowered a provincial legislature to make laws in relation to:

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

Section 146, already cited, made provision for the admission of other colonies and territories into the Union.

ture du Dominion est définie à l'art. 91 et elle existait au départ. En d'autres termes, le Dominion ne peut par de simples promesses à des pays étrangers se revêtir d'une autorité législative incompatible avec la Constitution à laquelle il doit son existence.

Plusieurs aspects de l'affaire des *Conventions de travail* méritent d'être soulignés. Le gouvernement fédéral y affirmait le droit d'adopter des lois qui relèvent de l'autorité provinciale afin de donner effet aux obligations qu'il avait contractées aux termes d'un traité. Personne n'a mis en cause la validité de l'autorité du gouvernement fédéral de négocier et ratifier des traités internationaux. Ce que le Conseil privé a jugé inconstitutionnel est l'utilisation de cette procédure légale pour légiférer indirectement en excédant les pouvoirs conférés au Parlement fédéral par l'art. 91 de l'*A.A.N.B.*

En l'espèce, cette Cour doit également examiner l'exercice d'un pouvoir valide, savoir, le pouvoir des chambres du Parlement fédéral d'adopter des résolutions demandant des modifications de l'*A.A.N.B.* Ce pouvoir a des fondements historiques, mais il faut souligner qu'on ne l'a jamais utilisé avant pour amoindrir l'autorité législative des provinces sans leur consentement. Dans l'optique de l'affaire des *Conventions de travail*, le point en litige ici est le suivant: le gouvernement fédéral peut-il compenser son incompétence notoire d'empiéter sur les pouvoirs provinciaux en procédant par résolution pour obtenir une modification constitutionnelle qui serait adoptée sur ses instances par le Parlement du Royaume-Uni?

Les seules dispositions de l'*A.A.N.B.* relatives aux modifications de la Constitution sont les suivantes. Le paragraphe 1 de l'art. 92 confère aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer relativement à:

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

L'article 146, déjà cité, prévoit l'admission d'autres colonies et territoires dans l'union.

By an amendment made in 1949 to s. 91 of the *B.N.A. Act*, a limited power of amendment was given to the federal Parliament. Head 1 of s. 91 enabled it to legislate in relation to:

1. The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: Provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

This provision specifically excepted from its operation, *inter alia*, matters coming within the classes of subjects assigned exclusively to the provinces. The scope of s. 91(1) was considered by this Court in *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House*[34] (herein the *Senate Reference*). In that case, this Court unanimously held that the federal government could not, acting under s. 91(1), abolish the Senate. The term "Constitution of Canada" found in s. 91(1) was held in its context to refer only to the federal juristic unit. It is significant that when, as recently as 1949, the Houses of Parliament sought and obtained a provision permitting the federal Parliament to amend the Constitution by legislation, specific provision was made to ensure that this power was not capable of implying any right to interfere with those powers assigned to the provinces by the *B.N.A. Act*.

Because the Canadian Constitution was created by the *B.N.A. Act* in the form of an Imperial statute, it followed that in the absence of a provision for amendment within it, its amendment could

[34] [1980] 1 S.C.R. 54.

Par une modification de l'art. 91 de l'*A.A.N.B.* adoptée en 1949, le Parlement fédéral a reçu un pouvoir limité de modification. Le paragraphe 1 de l'art. 91 lui permet de légiférer relativement à:

1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

Cette disposition exclut spécifiquement de sa portée, notamment, les matières qui relèvent des catégories de sujets attribués exclusivement aux provinces. Cette Cour a examiné la portée de l'art. 91(1) dans le *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*[34] (ci-après appelé le *Renvoi sur le Sénat*). Cette Cour y a décidé à l'unanimité que le gouvernement fédéral ne pouvait pas abolir le Sénat en invoquant l'art. 91(1). Elle a conclu que l'expression «constitution du Canada» au par. 91(1) dans son contexte se rapporte seulement à l'entité juridique fédérale. Il est significatif que lorsqu'aussi récemment qu'en 1949, les chambres du Parlement ont demandé et obtenu un article permettant au Parlement fédéral de modifier la Constitution par voie législative, la formulation de l'article en cause assure que ce pouvoir ne permettra pas de conclure implicitement aux droits de toucher aux pouvoirs attribués aux provinces par l'*A.A.N.B.*

Etant donné que la constitution canadienne a été créée par l'*A.A.N.B.* sous forme de loi impériale, il s'ensuit qu'en l'absence de disposition modificatrice, seule l'adoption d'une loi impériale pourrait

[34] [1980] 1 R.C.S. 54.

only be effected by the enactment of an Imperial statute. Over the years many amendments have occurred in this way. The practice has developed, since 1895, to have the formal approach to the Imperial Parliament made by means of a joint address of both Houses of Parliament. This form of procedure had been followed earlier in respect of amendments to the *Act of Union, 1840*. It is also the procedure spelled out in s. 146 of the *B.N.A. Act* as the means of approach to the Queen, acting on the advice of her Privy Council for the admission of existing colonies, or territories, into the Union.

The record of constitutional amendments passed since 1867 by the Imperial Parliament is contained in the Favreau White Paper of 1965, issued by the federal government, and approved by the provincial governments. It was cited by this Court in the *Senate Reference*. Many of these amendments concerned mere formalities, such as the postponement of redistribution of seats in the House of Commons in 1916 and 1943 to await the cessation of hostilities. Those amendments which were important in relation to the proper procedure for amendment were discussed in that Paper, and we think they bear repetition in full:

(1) *The British North America Act of 1871*—
(Establishment of new provinces and administration of territories)

Because this was the first attempt by Canada to have the Constitution amended, there were no precedents for the government of the day to follow. It requested the amendment from the British Parliament without reference to the Parliament of Canada, and the latter took strong exception. The opposition in Parliament condemned the government for its failure to secure prior approval of Canada's legislative authority. The government agreed that such matters should be referred to Parliament, and the House of Commons unanimously adopted a resolution stating that " . . . no changes in the provisions of the British North America Act (would) be sought by the Executive Government without the previous assent of the Parliament of this Dominion". A few days later, the government brought down a joint Address, which was concurred in by both Houses of Parliament, and which formed the basis upon which the amendment was finally passed by the British Parliament.

la modifier. Au cours des années, elle a subi de nombreuses modifications de cette façon. Depuis 1895, on a vu se développer la pratique de la requête officielle au Parlement impérial au moyen d'une adresse conjointe des deux chambres du Parlement. Cette forme de procédure avait été suivie plus tôt à l'égard des modifications de l'*Acte d'Union, 1840*. C'est aussi la procédure énoncée à l'art. 146 de l'*A.A.N.B.* pour s'adresser à la Reine, agissant de l'avis de son Conseil privé, pour admettre des colonies existantes ou des territoires dans l'union.

La liste des modifications constitutionnelles adoptée depuis 1867 par le Parlement impérial se trouve dans le Livre blanc de M. Favreau de 1965, publié par le gouvernement fédéral et approuvé par les gouvernements provinciaux. Cette Cour l'a citée dans le *Renvoi sur le Sénat*. Beaucoup de ces modifications visaient seulement la procédure, tel le report du rajustement de la représentation à la Chambre des communes en 1916 et 1943 en attendant la fin des hostilités. Les modifications qui sont importantes relativement à la procédure de modification appropriée ont été discutées dans ce Livre et elles méritent à notre avis d'être à nouveau citées au complet:

(1) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871*—
(Établissement de nouvelles provinces et administration de territoires)

Comme c'était la première fois que le Canada cherchait à faire modifier sa Constitution, le gouvernement de l'époque n'avait aucun précédent pour le guider. Il présenta donc une demande de modification au Parlement du Royaume-Uni sans consulter le Parlement du Canada, lequel protesta énergiquement. L'opposition reprocha au gouvernement de n'avoir pas obtenu le consentement préalable de l'autorité législative canadienne. Le gouvernement convint que les projets de modification devraient être soumis au Parlement et la Chambre des Communes adopta à l'unanimité une résolution portant que « . . . le gouvernement doit obtenir l'assentiment préalable du Parlement du Dominion avant de demander que des changements soient apportés aux dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique». Quelques jours plus tard, le gouvernement présenta une adresse conjointe qui fut adoptée par les deux chambres du Parlement et qui servit de base à la promulgation ultérieure de la modification par le Parlement britannique.

(2) *The Parliament of Canada Act, 1875*—

(Privileges, immunities and powers of the House of Parliament)

Notwithstanding the principle it had pressed for, and had had unanimously adopted by Parliament four years earlier when it was in opposition, the Canadian government of the day requested this amendment without "previous assent" or formal Address by Parliament. Objections again were raised in the House of Commons and a resolution similar to that of 1871 was introduced. After debate, the government conceded the propriety of the principle it had originally espoused: of referring proposed constitutional amendments to Parliament. The new resolution was withdrawn when the government agreed that a joint Address by both Houses of Parliament was the only appropriate way of securing amendments to the Constitution.

(3) *The British North America Act of 1886*—

(Representation of territories in Parliament)

The Canadian government submitted its request for this amendment to Westminster on the basis of a formal Address by both Houses of Parliament. With one exception, this principle has been followed by every Canadian government since that time. The exception was the enactment in 1895 by the United Kingdom Parliament of the Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, which was allowed without protest by the Canadian Parliament because of particular circumstances.

(4) *The British North America Act of 1907*—

(Subsidies to provinces)

This was the first occasion on which the federal government consulted with the provinces before seeking a constitutional amendment. In this case, all nine of the provinces in existence were directly concerned with the amendment. All were consulted and eight of the nine provincial governments agreed to the federal proposal. One province opposed the proposal, both in Canada and in Great Britain. The British government made minor changes in the text of the draft bill, and the amendment was enacted.

(5) *The British North America Act of 1915*—

(Redefinition of divisions of the Senate)

This amendment was passed without consultation with the provinces and without provincial government

(2) *Acte du Parlement du Canada de 1875*—

(Privilèges, immunités et pouvoirs des Chambres du Parlement)

Le gouvernement d'alors, malgré le principe qu'il avait mis de l'avant et qu'il avait fait adopter à l'unanimité par le Parlement du Canada quatre années auparavant lorsqu'il était dans l'opposition, demanda cette modification sans «l'assentiment préalable» ou la présentation d'une adresse officielle du Parlement canadien. De nouvelles protestations se firent entendre et une résolution analogue à celle de 1871 fut soumise à la Chambre des Communes. Après un débat, le gouvernement reconnut la justesse du principe dont il s'était antérieurement fait le protagoniste, à l'effet que tous les projets de modification de la Constitution doivent être soumis au Parlement. La nouvelle résolution fut retirée lorsque le gouvernement concéda que la présentation d'une adresse conjointe des deux chambres du Parlement était le seul moyen approprié d'obtenir des modifications de la Constitution.

(3) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1886*—

(Représentation des territoires au Parlement)

Le gouvernement du Canada fit parvenir au Parlement du Royaume-Uni sa demande de cette modification de la Constitution, au moyen d'une adresse officielle des deux chambres du Parlement. A une exception près, cette procédure a été depuis suivie par tous les gouvernements canadiens. L'exception fut l'adoption en 1895 par le Parlement du Royaume-Uni de l'Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant), laquelle, en raison des circonstances particulières, ne souleva pas de protestations.

(4) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1907*—

(Subventions aux provinces)

Pour la première fois, à cette occasion, le gouvernement fédéral consulta les provinces au sujet d'une modification de la Constitution. La modification intéressait directement les neuf provinces de l'époque. Elles furent, par conséquent, toutes consultées et huit des neuf gouvernements provinciaux acceptèrent la proposition fédérale. Une province manifesta son opposition, tant au Canada qu'en Grande-Bretagne. Le gouvernement britannique apporta des changements d'importance secondaire au texte du projet de loi et la modification fut adoptée.

(5) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1915*—

(Redéfinition des divisions sénatoriales)

Cette modification fut édictée sans consultation des provinces et sans intervention des gouvernements provin-

representations concerning its enactment. This amendment is important to Canadian constitutional development in that it was put forward in the form of a Canadian draft bill, embodied in the Address to the Crown and enacted without modification by the British Parliament.

(6) *The British North America Act of 1930*—
(Jurisdiction of Western provinces over their natural resources)

This was the first application for a constitutional amendment relating to a provincial field that did not directly concern all provinces. It was obtained by the federal government after consultation with only those provinces directly affected except in one province where a resolution was adopted by the legislature after the Premier had already expressed the consent of his government to the amendment.

(7) *The British North America Act of 1940*—
(Unemployment Insurance)

This was the first amendment to change the distribution of legislative powers between Parliament and the provinces, as provided in the 1867 Constitution. It transferred the authority to legislate on unemployment insurance from provincial to federal jurisdiction. Before seeking this amendment, the federal government obtained the consent of all provincial governments. In this, as in previous cases of provincial concurrence, there was no reference of the question by any government to its legislature.

(8) *The British North America Act of 1943*—
(Postponement of redistribution of seats in the House of Commons)

The federal government did not consult the provinces prior to seeking this amendment, and notwithstanding the protests of one provincial government, the Parliament of the United Kingdom granted it. The position of the federal government was that this amendment concerned only the Government of Canada, since it did not affect provincial governments or legislatures.

(9) *The British North America Act of 1946*—
(Readjustment of representation in the House of Commons)

The federal government sought this amendment on the same basis as that of 1943—that is, without provincial consultations—and for the same reasons.

ciaux. Son importance dans l'évolution constitutionnelle du Canada tient au fait qu'elle fut présentée sous la forme d'un projet de loi canadien qui fut incorporé dans l'adresse à la Couronne et adoptée sans modification par le Parlement britannique.

(6) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930*—
(Compétence des provinces de l'Ouest à l'égard de leurs ressources naturelles)

Cette modification de la Constitution fut la première à se rapporter à un domaine de compétence provinciale mais sans intéresser directement toutes les provinces. Elle fut obtenue par le gouvernement fédéral après consultation des seules provinces directement en cause.

(7) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1940*—
(Assurance-chômage)

Cette modification fut la première à changer la répartition des pouvoirs législatifs, établie par la Constitution de 1867, entre le Parlement et les législatures des provinces. Elle transféra des provinces au Fédéral le pouvoir de légiférer en matière d'assurance-chômage. Le gouvernement fédéral obtint d'abord l'assentiment de tous les gouvernements provinciaux. Dans ce cas, comme dans les cas précédents où l'assentiment des provinces fut demandé, aucun des gouvernements provinciaux ne soumit la question à la Législature. Cependant, dans une des provinces la Législature adopta une résolution après que le premier ministre eût, au nom de son gouvernement, déjà donné son assentiment à la modification.

(8) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1943*—
(Ajournement du rajustement de la représentation à la Chambre des Communes)

Le gouvernement fédéral ne consulta pas les provinces avant de demander cette modification. Le Parlement du Royaume-Uni l'accorda malgré les protestations d'un des gouvernements provinciaux. Selon la thèse du gouvernement fédéral, la modification ne concernait que le gouvernement du Canada car elle ne touchait ni les gouvernements ni les législatures des provinces.

(9) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1946*—
(Rajustement de la représentation à la Chambre des Communes)

Le gouvernement fédéral procéda de la même façon que pour la modification de 1943—c'est-à-dire sans consulter les provinces—et pour les mêmes raisons.

(10) *The British North America Act of 1949*—

(Entry of Newfoundland into Confederation)

A resolution was moved in the House of Commons urging that this amendment not be proceeded with until after consultation with the provincial governments. What the resolution meant by "consultation" was not clear. However, the amendment was enacted without such consultation and without any of the provincial governments formally objecting to its enactment, though one or two provincial governments stated publicly that consultation should have taken place.

(11) *The British North America Act of 1949(2)*—

(Authority of Parliament to amend certain aspects of the Constitution of Canada)

This amendment was obtained without consultation or formal consent of provincial governments, the federal government maintaining the position taken in connection with the 1943 and 1946 amendments. At a federal-provincial constitutional conference the following year, however, the federal government indicated that, in the event of agreement on an overall procedure for amending the Constitution in Canada, it would be prepared to reconsider the broad provisions of this amendment.

(12) *The British North America Act of 1951*—

(Old Age Pensions)

This amendment was enacted after the federal government secured the agreement of all provinces. In the case of the provinces of Quebec, Saskatchewan and Manitoba, the matter was referred to the legislatures, which authorized the governments of those provinces to agree to the amendment. Other provincial governments gave concurrence on their own authority.

(13) *The British North America Act of 1960*—

(Tenure of office of certain Judges)

The federal government sougth [*sic*] this amendment only after obtaining the agreement of all provinces, since the amendment provided for the compulsory retirement at age 75 of judges of provincial courts. In this instance again Quebec placed the matter before its legislature before agreeing.

(10) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949*—

(Entrée de Terre-Neuve dans la Confédération)

Une résolution fut présentée à la Chambre des Communes demandant que le gouvernement fédéral ne procède pas à cette modification sans consultation préalable des gouvernements provinciaux. La résolution n'indiquait pas ce qu'il fallait entendre par «consultation». Cependant, la modification fut promulguée sans que les gouvernements provinciaux soient consultés ou protestent officiellement, bien que l'un ou deux d'entre eux eussent déclaré publiquement que des consultations auraient dû avoir lieu.

(11) *Acte de l'Amérique du Nord britannique (nº 2) de 1949*—

(Pouvoir du Parlement de modifier la Constitution du Canada sous certains de ses aspects)

Cette modification fut obtenue sans consultation des gouvernements des provinces et sans leur assentiment, le gouvernement fédéral s'en tenant à la thèse qu'il avait adoptée lors des modifications de 1943 et 1946. Cependant, à une conférence fédérale-provinciale sur la Constitution tenue l'année suivante, le gouvernement fédéral déclara qu'advenant un accord sur une procédure générale de modification de la Constitution au Canada, il serait disposé à examiner à nouveau les dispositions essentielles de la modification de 1949.

(12) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951*—

(Pensions de vieillesse)

Cette modification fut adoptée après que le gouvernement fédéral eût obtenu l'assentiment de toutes les provinces. Les gouvernements des provinces de Québec, de la Saskatchewan et du Manitoba soumirent le projet de modification à leur Législature qui les autorisa à s'y rallier. Les autres gouvernements provinciaux l'approuvèrent de leur propre chef.

(13) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960*—

(Durée des fonctions de certains juges)

Le gouvernement fédéral ne demanda cette modification qu'après avoir obtenu l'assentiment de toutes les provinces parce qu'elle prévoyait la retraite obligatoire à 75 ans des juges des tribunaux provinciaux. Le gouvernement du Québec soumit encore une fois la question à sa Législature avant de signifier son assentiment.

(14) *The British North America Act of 1964*—

(Supplementary benefits to Old Age Pensions)

This amendment was enacted after agreement of all provincial governments, with, in the case of Quebec, the concurrence of the Legislative Assembly. It involved a modification of section 94A created by the 1951 amendment on which prior agreement of all provinces had been obtained.

The Favreau White Paper goes on to say:

There have been five instances—in 1907, 1940, 1951, 1960 and 1964—of federal consultation with all provinces on matters of direct concern to all of them. There has been only one instance up to the present time in which an amendment was sought after consultation with only those provinces directly affected by it. This was the amendment of 1930, which transferred to the Western provinces natural resources that had been under the control of the federal government since their admission to Confederation. There have been ten instances (in 1871, 1875, 1886, 1895, 1915, 1916, 1943, 1946, 1949 and 1949(2)) of amendments to the Constitution without prior consultation with the provinces on matters that the federal government considered were of exclusive federal concern. In the last four of these, one or two provinces protested that federal-provincial consultations should have taken place prior to action by Parliament.

In no instance has an amendment to the *B.N.A. Act* been enacted which directly affected federal-provincial relationships in the sense of changing provincial legislative powers, in the absence of federal consultation with and the consent of all the provinces. Notably, this procedure continued to be followed in the four instances which occurred after the enactment of the *Statute of Westminster, 1931*.

This history of amendments reveals the operation of constitutional constraints. While the choice of the resolution procedure is itself a matter of internal parliamentary responsibility, the making of the addresses to the Sovereign falls into two areas. Resolutions concerning the federal juristic unit and federal powers were made without reference to any but the members of the federal Houses. Resolutions abridging provincial authority

(14) *Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1964*—

(Pensions de vieillesse et prestations additionnelles)

Cette modification fut adoptée avec l'assentiment de tous les gouvernements provinciaux ainsi que, dans le cas du Québec, celui de l'Assemblée législative. Elle vise l'article 94A qui fut établi, avec l'assentiment de toutes les provinces, par la modification de 1951.

Le Livre blanc de M. Favreau poursuit:

En cinq occasions—en 1907, 1940, 1951, 1960 et 1964—le gouvernement fédéral a consulté toutes les provinces sur des projets de modification intéressant directement chacune d'elles. Il ne s'est présenté jusqu'ici qu'un seul cas où une modification a été demandée par le gouvernement fédéral après consultation des seules provinces directement impliquées. Il s'agit de la modification de 1930 qui transférait aux provinces de l'Ouest les ressources naturelles qui relevaient du gouvernement fédéral depuis leur entrée dans la Confédération. En dix occasions—en 1871, 1875, 1886, 1895, 1915, 1916, 1943, 1946, 1949 et 1949 (2)—des modifications ont été apportées à la Constitution, sans consultation préalable des provinces, à l'égard de questions que le gouvernement fédéral jugeait de sa compétence exclusive. Dans les quatre derniers cas ci-dessus, une ou deux provinces ont protesté, soutenant que des consultations fédérales-provinciales auraient dû avoir lieu avant que le Parlement ne soit appelé à se prononcer.

On ne relève aucun cas où une modification de l'*A.A.N.B.* qui intéresse directement les relations fédérales-provinciales, c'est-à-dire qui change les pouvoirs législatifs provinciaux, ait été adoptée sans consultation fédérale avec toutes les provinces et sans leur consentement. En particulier, c'est la procédure suivie dans les quatre cas postérieurs à l'adoption du *Statut de Westminster, 1931*.

Cet historique des modifications révèle l'existence de contraintes constitutionnelles. Bien que le choix de la procédure par la résolution soit en lui-même une question de responsabilité parlementaire interne, les adresses au Souverain relèvent de deux domaines. Les résolutions concernant l'entité juridique fédérale et les pouvoirs fédéraux ont été présentées sans s'en rapporter à d'autres qu'aux membres des chambres fédérales. Les résolutions

have never been passed without the concurrence of the provinces. In other words, the normal constitutional principles recognizing the inviolability of separate and exclusive legislative powers were carried into and considered an integral part of the operation of the resolution procedure.

The history of constitutional amendments also parallels the development of Canadian sovereignty. The *B.N.A. Act* did not have among its purposes the severance of Canada from the British Commonwealth. However, the vital role of Canadian consent as an expression of Canadian sovereignty is revealed in the fact that no constitutional amendment has been passed without that consent.

The *Statute of Westminster, 1931* was enacted following two Imperial Conferences held in 1926 and 1930, attended by representatives of the United Kingdom, Canada, Australia, New Zealand, South Africa, the Irish Free State and Newfoundland. At the earlier conference, the established constitutional position was stated in a form which has come to be called the "Balfour Declaration":

> They are autonomous Communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations.

The *Statute of Westminster, 1931* was enacted to give effect in the law of the United Kingdom to the established fact of sovereign status of the communities within the British Empire.

The following provisions of the Statute were referred to in argument before us:

> **2.** (1) The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion.
>
> (2) No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the

réduisant l'autorité provinciale n'ont jamais été adoptées sans l'accord des provinces. En d'autres mots, les principes constitutionnels normaux qui reconnaissent l'inviolabilité des pouvoirs législatifs distincts et exclusifs ont été intégrés au mécanisme de procédure par résolution.

L'historique des modifications constitutionnelles suit également l'évolution de la souveraineté canadienne. L'*A.A.N.B.* n'avait aucunement pour but de séparer le Canada du Commonwealth britannique. Toutefois, le rôle vital du consentement canadien en tant qu'expression de la souveraineté canadienne est illustré par le fait qu'aucune modification constitutionnelle n'a été adoptée sans ce consentement.

Le *Statut de Westminster, 1931* a été adopté après deux conférences impériales tenues en 1926 et 1930 auxquelles assistaient des représentants du Royaume-Uni, du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de l'Afrique du Sud, de l'Etat libre d'Irlande et de Terre-Neuve. A la première conférence, la position constitutionnelle existante a été formulée dans une déclaration appelée «la Déclaration Balfour»:

> [TRADUCTION] Il s'agit de collectivités autonomes au sein de l'Empire britannique, de statut égal et en aucune façon subordonnées l'une à l'autre pour ce qui est de leurs affaires internes ou extérieures, tout en étant unies par une allégeance commune à la Couronne, et librement associées comme membres du Commonwealth britannique des Nations.

Le *Statut de Westminster, 1931* a été adopté pour donner effet en droit britannique au statut souverain désormais reconnu des collectivités au sein de l'Empire britannique.

Les articles suivants du Statut nous ont été mentionnés au cours des plaidoiries:

> **2.** (1) La Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies ne doit s'appliquer à aucune loi adoptée par le Parlement d'un Dominion postérieurement à la proclamation de la présente loi.
>
> (2) Nulle loi et nulle disposition de toute loi édictée postérieurement à la proclamation de la présente loi par le Parlement d'un Dominion ne sera invalide ou inopérante à cause de son incompatibilité avec la législation d'Angleterre, ou avec les dispositions de toute loi exis-

United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.

3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

4. No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to the enactment thereof.

. . .

7. (1) Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.

(2) The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3) The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

We do not regard s. 4 as having any real impact on the matter in issue in these appeals. The section uses the word "extend" and we therefore regard the section as meaning that a United Kingdom statute would not, in the absence of the declaration referred to in the section, be a part of the law of any dominion. It is, however, of interest that each of the amendments made after the *Statute of Westminster, 1931* took effect contains a declaration that the enactment had been requested and consented to by Canada.

Of the dominions to which the *Statute of Westminster, 1931* applied, all were unitary states except Canada and Australia, and the Australian constitution already contained provision for its amendment.

tante ou à venir émanée du Parlement du Royaume-Uni, ou avec tout arrêté, statut ou règlement rendu en exécution de toute loi comme susdit, et les attributions du Parlement d'un Dominion comprendront la faculté d'abroger ou de modifier toute loi ou tout arrêté, statut ou règlement comme susdit faisant partie de la législation de ce Dominion.

3. Il est déclaré et statué par les présentes que le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale.

4. Nulle loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Loi ne doit s'étendre ou être censée s'étendre à un Dominion, comme partie de la législation en vigueur dans ce Dominion, à moins qu'il n'y soit expressément déclaré que ce Dominion a demandé cette loi et a consenti à ce qu'elle soit édictée.

. . .

7. (1) Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdites Actes.

(2) Les dispositions de l'article deux de la présente Loi doivent s'étendre aux lois édictées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures de ces provinces.

(3) Les pouvoirs que la présente Loi confère au Parlement du Canada ou aux législatures des provinces ne les autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de leur compétence respective.

Nous ne considérons pas que l'art. 4 ait des répercussions réelles sur la question en cause en l'espèce. L'article utilise le mot «s'étendre» et, à notre avis, il veut donc dire qu'en l'absence de la déclaration mentionnée dans l'article, nulle loi du Royaume-Uni ne fera partie de la législation en vigueur dans un dominion. Il est toutefois intéressant de voir que toutes les modifications adoptées après l'entrée en vigueur du *Statut de Westminster, 1931* contiennent une déclaration que le Canada les a demandées et y a consenti.

Les dominions auxquels le *Statut de Westminster, 1931* s'applique étaient tous des Etats unitaires sauf le Canada et l'Australie, et la constitution australienne contenait déjà une disposition modificatrice.

In relation to Canada, the possible impact of s. 2 was a cause of concern to the provinces because it could be construed as enabling the federal Parliament to repeal or amend the *B.N.A. Act*. The origin of s. 7 was the result of that concern. The Favreau White Paper at pp. 18-19 deals with the history of this section:

> On June 30th, 1931, the Right Honourable R. B. Bennett, Prime Minister of Canada, introduced in the House of Commons a resolution for an Address to His Majesty requesting the enactment of the Statute of Westminster. The preamble to the resolution said:
>
> "And whereas consideration has been given by the proper authorities in Canada as to whether and to what extent the principles embodied in the proposed act of the parliament of the United Kingdom should be applied to provincial legislation; and, at a dominion-provincial conference, held at Ottawa on the seventh and eighth days of April, in the year of Our Lord one thousand nine hundred and thirty-one, a clause was approved by the delegates of His Majesty's government in Canada and of the governments of all of the provinces of Canada, for insertion in the proposed act for the purpose of providing that the provisions of the proposed act relating to the Colonial Laws Validity Act should extend to laws made by the provinces of Canada and to the powers of the legislatures of the provinces; and also for the purpose of providing that nothing in the proposed act should be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts of 1867 to 1930; or any order, rule or regulation made thereunder; and also for the purpose of providing that the powers conferred by the proposed act on the parliament of Canada and upon the legislatures of the provinces should be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the parliament of Canada or any of the legislatures of the provinces respectively."
>
> The Prime Minister explained that the Dominion-Provincial Conference referred to in the preamble had been convened in response to representations by Ontario, subsequently supported by the other provinces. He referred to the apprehension of some of the provinces that under provisions as broad as those to be inserted in the Statute of Westminster, a dominion parliament might encroach upon the jurisdiction of a provincial legislature and exercise powers beyond its competence. He pointed out that " ... lest it be concluded by inference that the rights of the provinces as defined by the British North America Act had been by reason of

Quant au Canada, la portée possible de l'art. 2 a été une source d'inquiétude pour les provinces parce qu'une interprétation possible était de permettre au Parlement fédéral d'abroger ou de modifier l'*A.A.N.B.* L'article 7 est le résultat de cette inquiétude. Le Livre blanc de M. Favreau traite de l'historique de cette question aux pp. 18 et 19:

> Le 30 juin 1931, le très honorable R.B. Bennett, premier ministre du Canada, soumit à la Chambre des Communes une résolution proposant qu'une adresse soit présentée à Sa Majesté pour demander la promulgation du Statut de Westminster. Le préambule de la résolution déclarait:
>
> «Considérant que les autorités compétentes au Canada ont étudié l'opportunité et la mesure dans laquelle les principes contenus dans le projet de loi du Parlement du Royaume-Uni devraient s'appliquer à la législation provinciale; et qu'à une conférence interprovinciale, tenue à Ottawa, les septième et huitième jours d'avril en l'an mil neuf cent trente et un de Notre Seigneur, une clause fut approuvée par les délégués du gouvernement de Sa Majesté au Canada et des gouvernements de toutes les provinces du Canada, pour être insérée dans le projet de loi dans le but de déclarer que les dispositions du projet de loi relatives à l'acte concernant la validité des lois coloniales devraient s'étendre aux lois adoptées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures des provinces; et aussi dans le but de déclarer que rien dans le projet de loi ne serait censé s'appliquer à l'abrogation, à la modification ou au changement des Actes de l'Amérique du Nord britannique, de 1867 à 1930, ou de toute ordonnance, règle ou tout règlement établi sous leur empire; et aussi dans le but de déclarer que les pouvoirs conférés par le projet de loi au Parlement du Canada et aux législatures des provinces devraient être restreints à l'adoption des lois se rapportant à des questions relevant de la juridiction du Parlement du Canada ou de l'une quelconque des législatures des provinces respectivement.»
>
> Le premier ministre rappela que la Conférence fédérale-provinciale mentionnée dans le préambule avait été convoquée sur les instances de l'Ontario, qui avait reçu l'appui d'autres provinces. Certaines d'entre elles avaient exprimé des craintes que des dispositions aussi étendues que celles qui devaient s'inscrire dans le Statut de Westminster ne permettent à un parlement fédéral d'empiéter sur les droits d'une législature provinciale et d'exercer des pouvoirs qui dépassent sa propre compétence. Il fit ressortir que « ... au cas où l'on prétendrait que les droits des provinces définis dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique sont diminués, modifiés ou

this Statute curtailed, lessened, modified or repealed", a section of the Statute of special application to Canada declared, with the unanimous concurrence of the provinces, that such was not the case.

The *Statute of Westminster, 1931* was passed on December 11, 1931. Earlier that year, Mr. Louis St. Laurent, then President of the Canadian Bar Association, and a distinguished constitutional lawyer, referred in his presidential address, reported in (1931), 9 Can. Bar Rev. 525, to the resolutions of the House of Commons and the Senate requesting the enactment of the Statute. This speech was not delivered in a political context. At that time he did not hold any political office. It was some years later that he became a Member of the House of Commons and a Minister of the Crown. The following passage from that speech [at p. 533] is relevant to the issue now before the Court:

Now, it may be that while both the Dominion and the Provinces remained subject to the legislative jurisdiction of His Majesty's Parliament of the United Kingdom, that Parliament had, in theory, full power to vary the distribution of legislative jurisdiction between them. But after the declaration of 1926 that both the United Kingdom and the Dominions are autonomous communities equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, it would hardly seem probable that the Parliament of the United Kingdom would undertake to legislate for the territory of any one of those Dominions, unless it be expressly declared in the Act that that Dominion had requested and consented to the enactment of the proposed legislation. And if the United Kingdom and the Dominions are equal in status and in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, does not the provision of section 92 of the Act of 1867, that in each province the legislature may exclusively make laws in relation to the amendment from time to time of its constitution, except as regards the office of Lieutenant-Governor, seem to indicate that the Houses of the Dominion Parliament would have no jurisdiction to request or to consent to enactments that might extend or abridge Provincial legislative autonomy? It is true that one of the proposed sub-sections of the Statute of Westminster is to declare that nothing in that Statute shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder; but the declaration of the

abrogés» un article du Statut d'application spéciale au Canada devait déclarer, avec l'accord unanime des provinces, que tel n'était pas le cas.

Le *Statut de Westminster, 1931* fut adopté le 11 décembre 1931. Plus tôt dans l'année, Me Louis St-Laurent, alors président de l'Association du Barreau canadien et distingué constitutionnaliste, avait parlé dans son discours présidentiel, publié à (1931) 9 R. du B. Can. 525, des résolutions de la Chambre des communes et du Sénat demandant l'adoption du Statut. Son discours ne se situe pas dans un contexte politique. A l'époque, il n'occupait aucun poste politique. Ce n'est que plus tard qu'il est devenu député à la Chambre des communes et ministre de la Couronne. L'extrait suivant de ce discours [à la p. 533] est pertinent à la question dont la Cour est saisie:

[TRADUCTION] Certes, il se peut que, bien qu'à la fois le Dominion et les provinces restent soumis à la compétence législative du Parlement de Sa Majesté au Royaume-Uni, ce Parlement ait, en théorie, les pleins pouvoirs pour modifier la répartition de la compétence législative entre eux. Mais après la déclaration de 1926 portant qu'à la fois le Royaume-Uni et les Dominions sont des collectivités autonomes à statut égal, en aucune façon subordonnées les uns aux autres sur quelque aspect de leurs affaires internes ou extérieures, il semble réellement peu probable que le Parlement du Royaume-Uni se mette à légiférer pour le territoire d'un de ces dominions, à moins qu'il soit expressément déclaré dans l'Acte que ce dominion a demandé l'adoption du projet de loi et y consente. Et si le Royaume-Uni et les Dominions ont un statut égal et ne sont en aucune façon subordonnés les uns aux autres sur quelque aspect de leurs affaires internes ou extérieures, la disposition de l'article 92 de l'Acte de 1867 portant que dans chaque province la législature a le pouvoir exclusif de faire des lois relatives à l'amendement de temps à autre de sa constitution, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur, ne semble-t-elle pas indiquer que les chambres du Parlement du Dominion n'auraient pas compétence pour demander l'adoption de lois qui pourraient étendre ou réduire l'autonomie législative provinciale ou y consentir? Il est vrai qu'il est prévu que l'un des paragraphes du Statut de Westminster déclare que rien dans cette loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou

Imperial Conference purports to be a statement of the established constitutional position, and if it is so in fact, is anything further required to make it clear that the constitution of the provinces can be amended or affected only by the provinces themselves?

Section 92 excludes federal jurisdiction over them, and the declaration of 1926 does seem to state a constitutional position that precludes interference with them by any other Parliament to which they are said to be in no way subordinate.

The *Statute of Westminster, 1931* gave statutory recognition to the independent sovereign status of Canada as a nation. However, while Canada, as a nation, was recognized as being sovereign, the government of the nation remained federal in character and the federal Parliament did not acquire sole control of the exercise of that sovereignty. Section 2 of the *Statute of Westminster, 1931* standing alone, could be construed as giving that control to the federal Parliament, but the enactment of s. 7, at the instance of the provinces, was intended to preclude that exercise of power by the federal Parliament. Section 7(3) in particular gave explicit recognition to the continuation of the division of powers created by the *B.N.A. Act*. The powers conferred on the Parliament of Canada by the *Statute of Westminster, 1931* were restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada.

The effect of s. 7(1) was to preserve the Imperial Parliament as the legal instrument for enacting amendments to the *B.N.A. Acts, 1867-1930*. This clearly had no effect on the existing procedure which had been used to obtain the amendment of the *B.N.A. Act*. The resolution procedure, which, after 1895, had produced all the constitutional amendments until 1931, has been followed in respect of all the constitutional amendments passed since 1931.

The Attorney General of Canada presented a deceptively simple argument in support of the legality of the Resolution at issue in these appeals. It was argued that the Resolution is not a law, and therefore not a proper subject for judicial consider-

d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdits actes; mais la déclaration faite à la Conférence impériale prétend être un énoncé de la position constitutionnelle reconnue et, si c'est effectivement le cas, faut-il ajouter quelque chose pour qu'il soit clair que la constitution des provinces peut seulement être modifiée ou touchée par les provinces elles-mêmes?

L'article 92 exclut la compétence fédérale à cet égard, et la déclaration de 1926 semble effectivement faire état d'une position constitutionnelle qui empêche l'intervention à leur sujet de tout autre parlement auquel elles ne seraient aucunement subordonnées.

Le *Statut de Westminster, 1931* a donné une reconnaissance législative au statut souverain indépendant du Canada en tant que nation. Toutefois, quoique le Canada en tant que nation ait été reconnu comme souverain, le gouvernement de la nation restait de type fédéral et le Parlement fédéral n'a pas acquis seul le contrôle complet de l'exercice de cette souveraineté. Une interprétation possible de l'art. 2 du *Statut de Westminster, 1931*, pris isolément serait de donner ce contrôle au Parlement fédéral, mais l'adoption de l'art. 7, sur l'instance des provinces, visait à empêcher que le Parlement fédéral n'exerce ce pouvoir. Le paragraphe 7(3) en particulier reconnaît explicitement le maintien de la division des pouvoirs créée par l'*A.A.N.B.* Les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par le *Statut de Westminster, 1931* ne l'autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de sa compétence.

Aux termes du par. 7(1), le Parlement impérial est demeuré l'instrument juridique d'adoption de modifications des *A.A.N.B., 1867-1930*. Ceci n'a nettement aucun effet sur la procédure existante qui a été utilisée pour obtenir la modification de l'*A.A.N.B.* La procédure par résolution qui, après 1895, a produit toutes les modifications constitutionnelles jusqu'en 1931, a été suivie pour toutes les modifications constitutionnelles adoptées depuis 1931.

Le procureur général du Canada a présenté un argument faussement simple à l'appui de la légalité de la résolution en question ici. Il a fait valoir que la résolution n'est pas une loi et qu'en conséquence, elle ne se prête pas à une détermination

ation and, further, that the two Houses can legally pass any resolution which they desire. The Imperial Parliament has full legal authority to amend the *B.N.A. Act* by enacting a statute, and its power to do so cannot be questioned. If, therefore, the Imperial Parliament enacts such a statute in response to a resolution of the Senate and the House of Commons, there can be no question of illegality.

However, it was also submitted that while the Imperial Parliament has full legal authority to amend the *B.N.A. Act*, there exists a "firm and unbending" convention that such an amendment will only be enacted in response to a resolution of the two Houses requesting it, and, further, that it will enact any amendment to the *B.N.A. Act* which is so requested.

In the result, if this process is examined from the point of view of substance rather than of form, what is being asserted is the existence of a power in the Senate and the House of Commons to cause any amendment to the *B.N.A. Act* which they desire to be enacted, even though that amendment substracts, without provincial consent, from the legislative powers of the provinces granted to them by the *B.N.A. Act*.

In support of the proposition that resolutions are questions of internal parliamentary procedure and are not proper subjects of judicial consideration, reference was made to two British authors. In his *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed.), Dicey states at pp. 54-55 that the resolution of neither House is law and each House has complete control over its own proceedings. May's, *The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (18th ed.), at p. 195 affirms the rule that each House has exclusive jurisdiction over its own internal proceedings.

The English authorities, such as Dicey and May, respecting the power of the Houses of Parliament to pass resolutions, and as to their effect, are related to resolutions of the Houses of Parliament in a unitary state. Under the British constitution, the only limitation on the power of Parliament is that its authority must be expressed in legislation.

judiciaire et qu'en outre les deux chambres peuvent légalement passer toutes les résolutions qu'elles veulent. Le Parlement impérial a toute l'autorité légale voulue pour modifier l'*A.A.N.B* en adoptant une loi et son pouvoir à cet égard ne peut être mis en doute. Donc, si le Parlement impérial adopte une loi en réponse à une résolution du Sénat et de la Chambre des communes, il ne peut être question d'illégalité.

Toutefois, on a aussi soutenu que bien que le Parlement impérial ait toute l'autorité légale pour modifier l'*A.A.N.B.*, il existe une convention «ferme et fixe» que pareille modification ne sera adoptée qu'en réponse à une résolution des deux chambres en ce sens et, en outre, qu'il adoptera toutes les modifications de l'*A.A.N.B.* ainsi demandées.

En définitive, si l'on se penche sur le processus du point de vue du fond plutôt que de la forme, on affirme en fait que le Sénat et la Chambre des communes ont le pouvoir de faire adopter toutes les modifications de l'*A.A.N.B.* qu'ils veulent, même si elles suppriment, sans le consentement provincial, des pouvoirs législatifs que l'*A.A.N.B.* accorde aux provinces.

A l'appui de la proposition que les résolutions sont des questions de procédure parlementaire interne qui ne se prêtent pas à une détermination judiciaire, on a cité deux auteurs britanniques. Dans son *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10e éd., Dicey déclare aux pp. 54 et 55 que la résolution des chambres n'est pas une loi et que chaque chambre a la complète maîtrise de sa propre procédure. Dans *The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 18e éd., à la p. 195, May confirme la règle que chaque chambre a compétence exclusive sur sa propre procédure interne.

Quand des autorités anglaises, tels Dicey et May, traitent du pouvoir des chambres du Parlement d'adopter des résolutions et de leur effet, elles envisagent les résolutions des chambres du Parlement dans un Etat unitaire. Aux termes de la constitution britannique, la seule limite du pouvoir du Parlement est qu'il doit exprimer son autorité

Any 'constitutional amendment' under the British constitution can be passed by normal legislation. Accordingly, these authorities are of no help in determining the limitations, if any, on the authority of one level of government in a federal state, respecting the use of an accepted amending procedure for the purpose of abridging the powers of the other legislative level. The Resolution under consideration is not a matter of internal procedure. A Resolution of the Senate and the House of Commons has become recognized as the means whereby a request is made to the Imperial Parliament for legislation to effect a constitutional amendment.

The power of the Senate and the House of Commons to pass resolutions of any kind, and to use such resolutions for any purpose, was stated by the Attorney General to have been recognized in s. 18 of the *B.N.A. Act* and s. 4 of the *Senate and House of Commons Act*, R.S.C. 1970, c. S-8. Section 18 of the *B.N.A. Act* provides:

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the members thereof.

Section 18 in its present form was enacted by the *Parliament of Canada Act, 1875* to replace s. 18 of the *B.N.A. Act, 1867*. The difference in phraseology of the two sections is not relevant to the matter in issue in these appeals.

Section 18 did not, in itself, create or recognize the existence of the privileges, immunities and powers of the Senate and the House of Commons. It provided that their privileges, immunities and powers should be such as are, from time to time, defined by act of the Parliament of Canada, subject to the limitation that Parliament could not by statute, give to the Senate or the House of Commons any privileges, immunities or powers which exceeded those enjoyed by the House of Commons

par des lois. Une «modification constitutionnelle» en vertu de la constitution britannique peut être adoptée par des lois normales. En conséquence, ces autorités ne sont d'aucune utilité pour fixer les limites, le cas échéant, du pouvoir d'un ordre de gouvernement dans un Etat fédéral relativement à l'utilisation d'une procédure de modification acceptée pour réduire les pouvoirs de l'autre ordre législatif. La résolution en cause ici n'est pas une question de procédure interne. On reconnaît qu'une résolution du Sénat et de la Chambre des communes constitue un moyen de s'adresser au Parlement impérial pour qu'il légifère pour effectuer une modification constitutionnelle.

Selon le procureur général, le pouvoir du Sénat et de la Chambre des communes d'adopter des résolutions de tous genres et de les utiliser à toutes fins est reconnu par l'art. 18 de l'*A.A.N.B.* et l'art. 4 de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, S.R.C. 1970, chap. S-8. L'article 18 de l'*A.A.N.B.* prévoit:

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par acte du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucun acte du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation du présent acte, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

Le texte actuel de l'art. 18 a été adopté par l'*Acte du Parlement du Canada, 1875* pour remplacer l'art. 18 de l'*A.A.N.B., 1867*. La rédaction différente des deux articles n'est pas pertinente à la question en litige ici.

L'article 18 ne crée ni ne reconnaît en lui-même l'existence des privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes. Il prévoit que leurs privilèges, immunités et pouvoirs seront ceux prescrits de temps à autre par acte du Parlement du Canada, sous réserve que le Parlement ne pourra par une loi donner au Sénat ou à la Chambre des communes des privilèges, immunités ou pouvoirs qui excèdent ceux que possède la Chambre des communes du Parlement du Royaume-

of the United Kingdom Parliament. Parliament could not grant legislative powers to its two Houses. Furthermore, because, unlike the Parliament of the United Kingdom, Parliament's power to legislate was limited in extent, it could not grant to the Senate and the House of Commons powers which it did not itself possess.

In the exercise of the power granted to it by s. 18 of the *B.N.A. Act*, the Parliament of Canada, in 1868, passed *An Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons*, 1868 (Can.), c. 23. Sections 1 and 2 of that Act provided as follows:

1. The Senate and the House of Commons respectively, and the Members thereof respectively, shall hold, enjoy and exercise such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the British North America Act, 1867, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the Members thereof, so far as the same are consistent with and not repugnant to the said Act.

2. Such privileges, immunities and powers shall be deemed to be and shall be part of the General and Public Law of Canada, and it shall not be necessary to plead the same, but the same shall in all Courts in Canada and by and before all Judges be taken notice of judicially.

The essential provisions of these two sections were repeated in subsequent legislation. They now appear in ss. 4 and 5 of the *Senate and House of Commons Act, supra*, as follows:

4. The Senate and the House of Commons respectively, and the members thereof respectively, hold, enjoy and exercise,

(*a*) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *British North America Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and by the members thereof, so far as the same are consistent with and not repugnant to that Act; and

(*b*) such privileges, immunities and powers as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those at the time of the passing of such Act held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof respectively.

Uni. Le Parlement ne peut attribuer des pouvoirs législatifs à ses deux chambres. En outre, parce qu'à la différence du Parlement du Royaume-Uni, l'étendue du pouvoir de légiférer du Parlement est limitée, il ne peut attribuer au Sénat et à la Chambre des communes des pouvoirs qu'il ne possède pas lui-même.

Dans l'exercice des pouvoirs que lui a accordés l'art. 18 de l'*A.A.N.B.*, le Parlement du Canada a adopté en 1868 un *Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des communes*, 1868 (Can.), chap. 23. Les articles 1 et 2 de cet acte prévoit ce qui suit:

1. Le Sénat et la Chambre des Communes, respectivement, ainsi que les membres de ces corps, possèderont et exerceront les mêmes privilèges, immunités et attributions que ceux possédés et exercés, à l'époque de la passation de l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867, par la Chambre des Communes du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, et par ses membres, en tant qu'ils ne sont pas incompatibles avec l'acte ci-haut cité.

2. Ces privilèges, immunités et attributions seront censés former partie et formeront partie de la loi générale et publique du Canada, et il ne sera pas nécessaire de les alléguer spécialement, mais il devra en être judiciairement pris connaissance par tous les tribunaux et par tous les juges en Canada.

Les dispositions essentielles de ces deux articles ont été reprises dans les lois ultérieures. On les retrouve actuellement aux art. 4 et 5 de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, précitée:

4. Le Sénat et la Chambre des communes, respectivement, ainsi que leurs membres respectifs, possèdent et exercent

a) les mêmes privilèges, immunités et attributions que possédaient et exerçaient lorsque a été voté l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni, ainsi que ses membres, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ladite loi; et

b) Les privilèges, immunités et attributions qui sont de temps à autre définis par une loi du Parlement du Canada, n'excédant pas ceux que possédaient et exerçaient, respectivement, à la date de cette loi, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

5. Such privileges, immunities and powers are part of the general and public law of Canada, and it is not necessary to plead the same, but the same shall, in all courts in Canada, and by and before all judges, be taken notice of judicially.

Parliament did not confer upon the Senate and the House of Commons all of the privileges, immunities and powers held, enjoyed and exercised by the House of Commons of the United Kingdom, but only conferred them "so far as the same are consistent with and not repugnant to that Act", *i.e.* the *B.N.A. Act, 1867*. It thus recognized that some powers enjoyed by the House of Commons of the United Kingdom might not be consistent with the provisions of the *B.N.A. Act*.

In our opinion this very important proviso took into account the fact that, whereas the House of Commons in the United Kingdom was one of the Houses in the Parliament of a unitary state, the Canadian Senate and House of Commons were Houses in a Parliament in a federal state, whose powers were not all embracing, but were specifically limited by the Act which created it.

In order to pass the Resolution now under consideration the Senate and the House of Commons must purport to exercise a power. The source of that power must be found in s. 4(*a*) of the *Senate and House of Commons Act*, since there has been no legislation enacted to date, other than s. 4(*a*) which actually defines the privileges, immunities and powers upon the two Houses of Parliament. The Resolution now before us was passed for the purpose of obtaining an amendment to the *B.N.A. Act*, the admitted effect of which is to curtail provincial legislative powers under s. 92 of the *B.N.A. Act*. In our opinion that power is not consistent with the *B.N.A. Act* but is repugnant to it. It is a power which is out of harmony with the very basis of the *B.N.A. Act*. Therefore para. (*a*) of s. 4, because of the limitations which it contains, does not confer that power. The Senate and the House of Commons are purporting to exercise a power which they do not possess.

The effect of the position taken by the Attorney General of Canada is that the two Houses of Parliament have unfettered control of a triggering

5. Ces privilèges, immunités et attributions font partie de la loi générale et publique du Canada, et il n'est pas nécessaire de les alléguer spécialement, mais tous les tribunaux et tous les juges du Canada doivent en prendre judiciairement connaissance.

Le Parlement n'a pas conféré au Sénat et à la Chambre des communes tous les privilèges, immunités et attributions que possédait et exerçait la Chambre des communes du Royaume-Uni, mais les leur a seulement conférés «dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ladite loi», c'est-à-dire l'*A.A.N.B., 1867*. Il reconnaît ainsi que certaines attributions que possède la Chambre des communes du Royaume-Uni peuvent ne pas être compatibles avec les dispositions de l'*A.A.N.B.*

A notre avis, cette très importante restriction tient compte du fait que, tandis que la Chambre des communes du Royaume-Uni est l'une des chambres du Parlement d'un Etat unitaire, le Sénat et la Chambre des communes canadiens sont les chambres d'un parlement d'un Etat fédéral, dont les pouvoirs ne sont pas totaux, mais précisément limités par la loi qui l'a créé.

Afin d'adopter la résolution actuellement en cause, le Sénat et la Chambre des communes doivent prétendre exercer une attribution. On doit en trouver la source à l'al. 4*a*) de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, puisqu'aucune autre loi n'a été adoptée jusqu'à ce jour, à part cet alinéa, qui définit effectivement les privilèges, immunités et attributions des deux chambres du Parlement. La résolution dont nous sommes saisis a été adoptée dans le but de faire modifier l'*A.A.N.B.*, modification dont il est admis que l'effet est de réduire les pouvoirs législatifs provinciaux aux termes de l'art. 92 de l'*A.A.N.B.* A notre avis, ce pouvoir n'est pas compatible avec l'*A.A.N.B.*, il lui est opposé. C'est un pouvoir qui est en rupture avec le fondement même de l'*A.A.N.B.* Par conséquent, vu les limitations que l'al. *a*) de l'art. 4 contient, il ne confère pas ce pouvoir. Le Sénat et la Chambre des communes prétendent exercer un pouvoir qu'ils ne possèdent pas.

L'effet de la position adoptée par le procureur général du Canada est que les deux chambres du Parlement ont un contrôle total sur le déclenche-

mechanism by means of which they can cause the *B.N.A. Act* to be amended in any way they desire. It was frankly conceded in argument that there were no limits of any kind upon the type of amendment that could be made in this fashion. In our opinion, this argument in essence maintains that the provinces have since, at the latest 1931, owed their continued existence not to their constitutional powers expressed in the *B.N.A. Act*, but to the federal Parliament's sufferance. While the federal Parliament was throughout this period incompetent to legislate in respect of matters assigned to the provinces by s. 92, its two Houses could at any time have done so by means of a resolution to the Imperial Parliament, procuring an amendment to the *B.N.A. Act*.

The Attorney General of Canada, in substance, is asserting the existence of a power in the two Houses of Parliament to obtain amendments to the *B.N.A. Act* which could disturb and even destroy the federal system of constitutional government in Canada. We are not aware of any possible legal source for such a power. The House of Commons and the Senate are part of the Parliament of Canada. Section 17 of the *B.N.A. Act* states that there "shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate and the House of Commons". Laws under s. 91 of the *B.N.A. Act* are enacted by the Queen, with the advice and consent of the Senate and House of Commons. These two constituents of Parliament cannot by themselves enact legislation, nor could Parliament clothe them with powers beyond those possessed by Parliament itself.

The Attorney General of Canada contends that because s. 7(1) of the *Statute of Westminster, 1931* left the repeal, amendment or alteration of the *British North America Acts, 1867* to *1930* in the hands of the Imperial Parliament, there is nothing to prevent the two Houses of Parliament from requesting that an amendment be made in whatever form they submit. This submission means that the two Houses of Parliament can accomplish, indirectly, through the intervention of the Imperial Parliament, that which the Parliament of Canada itself is unable to do. In our

ment d'un mécanisme par lequel ils peuvent faire modifier l'*A.A.N.B.* à leur gré. On a carrément concédé au cours des plaidoiries qu'il n'y avait pas de limites aux genres de modifications ainsi concevables. A notre avis, il découle en substance de cet argument que, depuis au plus tard 1931, les provinces ne doivent pas leur existence continue à leur pouvoir constitutionnel exprimé dans l'*A.A.N.B.*, mais à la tolérance du Parlement fédéral. Quoique le Parlement fédéral ait été pendant cette période incompétent pour légiférer sur les matières attribuées aux provinces par l'art. 92, ses deux chambres pouvaient à tout moment le faire au moyen d'une résolution adressée au Parlement impérial, qui viendrait modifier l'*A.A.N.B.*

En somme, le procureur général du Canada affirme que les deux chambres du Parlement détiennent un pouvoir de demander des modifications de l'*A.A.N.B.* qui pourraient bouleverser et même détruire le régime fédéral de gouvernement constitutionnel du Canada. Nous ne connaissons pas de sources juridiques possibles de ce pouvoir. La Chambre des communes et le Sénat font partie du Parlement du Canada. L'article 17 de l'*A.A.N.B.* énonce qu'il «y aura, pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d'une chambre haute appelée le Sénat, et de la Chambre des communes». Aux termes de l'art. 91 de l'*A.A.N.B.*, les lois sont adoptées par la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes. Ces deux éléments du Parlement ne peuvent d'eux-mêmes adopter des lois, et le Parlement ne pourrait leur conférer des pouvoirs plus grands que ceux qu'il possède lui-même.

Le procureur général du Canada prétend qu'étant donné que le par. 7(1) du *Statut de Westminster, 1931* laisse l'abrogation ou la modification des *Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867* à *1930* dans les mains du Parlement impérial, rien n'empêche les deux chambres du Parlement de demander une modification en la forme qu'elles désirent. Cet argument signifie que les deux chambres du Parlement peuvent accomplir indirectement, par l'intervention du Parlement impérial, ce que le Parlement du Canada est lui-même incapable de faire. A notre avis, les deux chambres n'ont

opinion, the two Houses lack legal authority, of their own motion, to obtain constitutional amendments which would strike at the very basis of the Canadian federal system, *i.e.* the complete division of legislative powers between the Parliament of Canada and the provincial legislatures. It is the duty of this Court to consider this assertion of rights with a view to the preservation of the Constitution.

This Court, since its inception, has been active in reviewing the constitutionality of both federal and provincial legislation. This role has generally been concerned with the interpretation of the express terms of the *B.N.A. Act*. However, on occasions, this Court has had to consider issues for which the *B.N.A. Act* offered no answer. In each case, this Court has denied the assertion of any power which would offend against the basic principles of the Constitution.

In *Amax Potash Ltd. et al. v. Government of Saskatchewan*[35], the plaintiff sued for a declaration that certain sections of *The Mineral Taxation Act*, R.S.S. 1965, c. 64, and certain regulations made pursuant to that Act, were *ultra vires* and sought the recovery of moneys paid by way of tax under the regulations. The Government of Saskatchewan disputed the contention that these provisions were *ultra vires,* but also contended that no cause of action was disclosed because s. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, was a bar to the recovery of moneys paid to the Crown. The relevant part of s. 5(7) provided:

(7) No proceedings lie against the Crown under this or any other section of this Act in respect of anything heretofore or hereafter done or omitted and purporting to have been done or omitted in the exercise of a power or authority under a statute or a statutory provision purporting to confer or to have conferred on the Crown such power or authority, which statute or statutory provision is or was or may be beyond the legislative jurisdiction of the Legislature . . . .

In the course of his reasons, Dickson J., who delivered the judgment of the Court, said at p. 590:

[35] [1977] 2 S.C.R. 576.

pas l'autorité voulue, de leur propre chef, pour obtenir des modifications constitutionnelles qui toucheraient au fondement même du régime fédéral canadien, c'est-à-dire la division complète des pouvoirs législatifs entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales. Il incombe à cette Cour d'examiner cette revendication de droits dans l'optique de la préservation de la Constitution.

Dès l'origine, cette Cour s'est activement penchée sur la constitutionnalité des lois tant fédérales que provinciales. Son rôle s'est généralement étendu à l'interprétation des termes exprès de l'*A.A.N.B.* Toutefois, à l'occasion, cette Cour a eu à examiner des questions pour lesquelles l'*A.A.N.B.* n'offrait aucune réponse. Dans chaque cas, elle a rejeté la revendication de pouvoir qui porterait atteinte aux principes fondamentaux de la Constitution.

Dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. et autres c. Gouvernement de la Saskatchewan*[35], la demanderesse cherchait à faire déclarer *ultra vires* des articles de *The Mineral Taxation Act*, R.S.S. 1965, chap. 64, et des règlements adoptés en vertu de cette loi et à recouvrer des montants payés à titre de taxes en vertu des règlements. Le gouvernement de la Saskatchewan a contesté que ces articles fussent *ultra vires*, mais a également prétendu qu'il n'y avait pas de cause d'action puisque le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, chap. 87, empêchait de recouvrer les fonds payés à la Couronne. La partie pertinente du par. 5(7) prévoit:

[TRADUCTION] (7) On ne peut exercer aucun recours contre la Couronne en vertu du présent ou de tout autre article de la Loi au regard d'actes ou d'omissions commis ou ayant apparemment été commis dans l'exercice d'un pouvoir conféré ou censé avoir été conféré à la Couronne en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui excédait, excède ou pourrait excéder la compétence de la Législature; . . .

Dans ses motifs, le juge Dickson, qui a rendu le jugement de la Cour, déclare à la p. 590:

[35] [1977] 2 R.S.C. 576.

A state, it is said, is sovereign and it is not for the Courts to pass upon the policy or wisdom of legislative will. As a broad statement of principle that is undoubtedly correct, but the general principle must yield to the requisites of the constitution in a federal state. By it the bounds of sovereignty are defined and supremacy circumscribed. The Courts will not question the wisdom of enactments which, by the terms of the Canadian Constitution are within the competence of the Legislatures, but it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power. Both Saskatchewan and Alberta inform the Court that justice and equity are irrelevant in this case. If injustice results, it is the electorate which must administer a rebuke, and not the Courts. The two Provinces apparently find nothing inconsistent or repellent in the contention that a subject can be barred from recovery of sums paid to the Crown under protest, in response to the compulsion of the legislation later found to be *ultra vires*.

Section 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, in my opinion, has much broader implications than mere Crown immunity. In the present context, it directly concerns the right to tax. It affects, therefore, the division of powers under *The British North America Act, 1867*. It also brings into question the right of a Province, or the federal Parliament for that matter, to act in violation of the Canadian Constitution. Since it is manifest that if either the federal Parliament or a provincial Legislature can tax beyond the limit of its powers, and by prior or *ex post facto* legislation give itself immunity from such illegal act, it could readily place itself in the same position as if the act had been done within proper constitutional limits. To allow moneys collected under compulsion, pursuant to an *ultra vires* statute, to be retained would be tantamount to allowing the provincial Legislature to do indirectly what it could not do directly, and by covert means to impose illegal burdens.

In *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co. et al.*[36], this Court had to decide whether a receivership order could be made to preserve assets pending a decision as to the constitutionality of certain legislation in British Columbia which litigation would determine whether the Crown had title to the common shares of

[36] [1962] S.C.R. 642.

On dit qu'un État est souverain et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur. En tant que déclaration de principe, c'est indubitablement exact, mais dans un État fédéral, le principe général doit céder devant les exigences de la constitution qui définit les limites de la souveraineté et de la suprématie. Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs. La Saskatchewan et l'Alberta ont fait savoir à cette Cour que les notions de justice et d'équité ne sont pas pertinentes en l'espèce. S'il en résulte une injustice, c'est à l'électorat qu'il appartient de la corriger et non aux tribunaux. Apparemment les deux provinces ne trouvent rien d'incohérent ni d'anormal à interdire à un sujet de recouvrer des sommes d'argent payées sous protêt à la Couronne en exécution d'une loi subséquemment jugée *ultra vires*.

A mon avis, le par. 5(7) de *The Proceedings against the Crown Act* va beaucoup plus loin que de simplement accorder une immunité à la Couronne. Dans le présent contexte, il touche directement au droit de lever des impôts. Par conséquent, il touche à la répartition des pouvoirs prévue à l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*. Il soulève également la question du droit d'une province, ou même du Parlement fédéral, de violer la constitution canadienne. Il est évident que si le Parlement fédéral ou une législature provinciale peuvent imposer des impôts en outrepassant leurs pouvoirs et se donner à cet égard une immunité par le biais d'une loi existante ou *ex post facto*, ils pourraient ainsi se placer dans la même situation que s'ils avaient agi en vertu de leurs pouvoirs constitutionnels respectifs. Refuser la restitution de revenus perçus sous la contrainte en vertu d'une loi *ultra vires* revient à permettre à la législature provinciale de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement, et imposer des obligations illégales par des moyens détournés.

Dans l'affaire *British Columbia Power Corp. c. British Columbia Electric Co. et autres*[36], cette Cour devait décider si on pouvait rendre une ordonnance de séquestre pour administrer des biens en attendant que soit rendue une décision sur la constitutionnalité de certaines lois de la Colombie-Britannique; l'issue du litige devait déterminer

[36] [1962] R.C.S. 642.

British Columbia Electric Company Limited which the legislation gave to the Crown.

It was contended that a receivership order could not be made by virtue of the Crown's prerogative of immunity. Chief Justice Kerwin, who delivered the judgment of the Court, said at pp. 644-45:

In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid. In a federal system it appears to me that, in such circumstances, the Court has the same jurisdiction to preserve assets whose title is dependent on the validity of the legislation as it has to determine the validity of the legislation itself.

In *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*[37], the Court had to consider the validity of legislation which contemplated a delegation of legislative powers by the Provincial Legislature to the Parliament of Canada, and by Parliament to the Provincial Legislature. Chief Justice Rinfret said, at pp. 34-35:

The constitution of Canada does not belong either to Parliament, or to the Legislatures; it belongs to the country and it is there that the citizens of the country will find the protection of the rights to which they are entitled. It is part of that protection that Parliament can legislate only on the subject matters referred to it by section 91 and that each Province can legislate exclusively on the subject matters referred to it by section 92. The country is entitled to insist that legislation adopted under section 91 should be passed exclusively by the Parliament of Canada in the same way as the people of each Province are entitled to insist that legislation concerning the matters enumerated in section 92 should come exclusively from their respective Legislatures. In each case the Members elected to Parliament or to the Legislatures are the only ones entrusted with the power

[37] [1951] S.C.R. 31.

si la Couronne avait un droit sur les actions ordinaires de British Columbia Electric Company Limited que la loi lui donnait.

On a prétendu qu'une ordonnance de séquestre ne pouvait être rendue en vertu de la prérogative d'immunité de la Couronne. Voici ce que le juge en chef Kerwin, qui a rendu le jugement de la Cour, déclare aux pp. 644 et 645:

[TRADUCTION] A mon avis, dans un système fédératif où l'autorité législative se divise, comme les prérogatives de la Couronne, entre le Dominion et les provinces, il n'est pas permis à la Couronne, du chef du Canada ou d'une province, de réclamer une immunité fondée sur un droit dans certaine propriété, lorsque ce droit dépend entièrement et uniquement de la validité de la législation qu'elle a elle-même passée, s'il existe un doute raisonnable quant à la validité constitutionnelle de cette législation. Lui permettre d'agir ainsi serait lui permettre, par l'exercice de droits en vertu d'une législation qui excède ses pouvoirs, d'obtenir le même résultat que si cette législation était valide. Dans un système fédératif, il me semble qu'en pareille circonstance, le tribunal a la même compétence pour préserver des biens dont le titre dépend de la validité d'une législation que pour établir la validité de la législation elle-même.

Dans *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*[37], la Cour devait examiner la validité de lois qui envisageaient une délégation de pouvoirs législatifs de la législature provinciale au Parlement du Canada et du Parlement à la législature provinciale. Le juge en chef Rinfret déclare aux pp. 34 et 35:

[TRADUCTION] La Constitution du Canada n'appartient ni au Parlement, ni aux législatures; elle appartient au pays. C'est en elle que les citoyens de ce pays trouveront la protection des droits auxquels ils peuvent prétendre. Le fait que le Parlement ne peut légiférer que sur les sujets que lui assigne l'article 91, et que chaque province peut légiférer exclusivement sur les matières que lui assigne l'article 92, fait partie de cette protection. Les Canadiens sont fondés à exiger que seul le Parlement du Canada adopte des lois en vertu de l'article 91, de même que la population de chaque province est fondée à exiger que la législation portant sur les matières qu'énumère l'article 92 provienne exclusivement de la législature de celle-ci. Dans chaque cas, les députés élus au Parlement ou aux législatures sont les seuls auxquels on a confié le pouvoir et le devoir de

[37] [1951] R.C.S. 31.

and the duty to legislate concerning the subjects exclusively distributed by the constitutional Act to each of them.

No power of delegation is expressed either in section 91 or in section 92, nor, indeed, is there to be found the power of accepting delegation from one body to the other; and I have no doubt that if it had been the intention to give such powers it would have been expressed in clear and unequivocal language. Under the scheme of the *British North America Act* there were to be, in the words of Lord Atkin in *The Labour Conventions Reference* ([1937] A.C. 326), "water-tight compartments which are an essential part of the original structure."

Neither legislative bodies, federal or provincial, possess any portion of the powers respectively vested in the other and they cannot receive it by delegation. In that connection the word "exclusively" used both in section 91 and in section 92 indicates a settled line of demarcation and it does not belong to either Parliament, or the Legislatures, to confer powers upon the other.

In *Reference re Alberta Statutes*[38], the Court considered, *inter alia*, the constitutional validity of *The Accurate News and Information Act* which imposed certain duties of publication upon newspapers published in Alberta. Chief Justice Duff (Davis J. concurring) referred to the right of public discussion and the authority of Parliament to protect that right and said at pp. 133-34:

That authority rests upon the principle that the powers requisite for the protection of the constitution itself arise by necessary implication from *The British North America Act* as a whole (*Fort Frances Pulp & Power Co. Ltd.* v. *Manitoba Free Press Co. Ltd.* ([1923] A.C. 695)); and since the subject-matter in relation to which the power is exercised is not exclusively a provincial matter, it is necessarily vested in Parliament.

It may be noted that the above instances of judicially developed legal principles and doctrines share several characteristics. First, none is to be found in express provisions of the *British North America Acts* or other constitutional enactments. Second, all have been perceived to represent con-

[38] [1938] S.C.R. 100.

légiférer en ce qui concerne les sujets que l'Acte constitutionnel a attribués à titre exclusif à chacun d'entre eux.

Ni l'article 91 ni l'article 92 ne formule un quelconque pouvoir de délégation, de même qu'en vérité, c'est en vain que l'on y rechercherait un quelconque pouvoir pour l'un de ces organes d'accepter une délégation de l'autre; il ne fait aucun doute pour moi que, si l'on avait eu l'intention de conférer de tels pouvoirs, on l'aurait exprimé en termes clairs et non équivoques. Dans le plan d'ensemble de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, il devait y avoir, selon les termes de lord Atkin dans le *Renvoi relatif aux conventions de travail* ([1937] A.C. 326), «des compartiments étanches, parties essentielles de sa structure première».

Aucun des organes législatifs, qu'il soit fédéral ou provincial, ne possède la moindre parcelle des pouvoirs dont l'autre est investi, et il ne peut en recevoir par la voie d'une délégation. A cet égard, le mot «exclusivement», employé aussi bien à l'article 91 qu'à l'article 92, établit une ligne de démarcation nette, et il n'appartient ni au Parlement ni aux législatures de se conférer des pouvoirs les uns aux autres.

Dans le *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta*[38], la Cour a notamment examiné la constitutionnalité de *The Accurate News and Information Act* qui imposait certains devoirs de publication aux journaux publiés en Alberta. Le juge en chef Duff (avec qui le juge Davis était d'accord) y parle du droit à la discussion publique et de l'autorité du Parlement pour le protéger, et déclare aux pp. 133 et 134:

[TRADUCTION] Cette compétence repose sur le principe que les pouvoirs indispensables à la protection de la Constitution elle-même découlent par déduction nécessaire de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* pris dans son ensemble (*Fort Frances Pulp & Power Co. Ltd. v. Manitoba Free Press Co. Ltd.*, ([1923] A.C. 695)) et, puisque la matière au sujet de laquelle le pouvoir est exercé n'est pas exclusivement une matière provinciale, elle appartient nécessairement au Parlement.

On peut noter que dans les cas susmentionnés, les principes et doctrines juridiques élaborés par le judiciaire ont plusieurs points communs. Premièrement, aucun ne figure dans les dispositions expresses des *Actes de l'Amérique du Nord britannique* ni dans d'autres textes constitutionnels.

[38] [1938] R.C.S. 100.

stitutional requirements that are derived from the federal character of Canada's Constitution. Third, they have been accorded full legal force in the sense of being employed to strike down legislative enactments. Fourth, each was judicially developed in response to a particular legislative initiative in respect of which it might have been observed, as it was by Dickson J. in the *Amax* (*supra*) case at p. 591, that: "There are no Canadian constitutional law precedents addressed directly to the present issue . . . ".

Deuxièmement, on a considéré qu'ils représentent tous des exigences constitutionnelles découlant du caractère fédéral de la Constitution du Canada. Troisièmement, on leur a accordé à tous un plein effet juridique, c'est-à-dire qu'on les a utilisés pour faire annuler des textes de loi. Quatrièmement, ils ont tous été élaborés par le judiciaire pour répondre à une inititative législative particulière à l'égard de laquelle on pourrait dire, comme le fait le juge Dickson dans l'affaire *Amax* (précitée) à la p. 591, que: «La jurisprudence en droit constitutionnel canadien n'a jamais traité directement de cette question . . . ».

The cases just considered were all decisions of this Court. We have already referred to the judgment of the Privy Council in the *Labour Conventions* case, which, in our opinion, by analogy, is of considerable assistance in determining the issue before the Court. In that case, the Attorney General of Canada argued that the federal government's power to enter into treaties on behalf of a sovereign Canada enabled the federal Parliament to legislate pursuant to any treaty obligation. That submission was rejected by the Privy Council which held that the federal Parliament did not derive further legislative competence because of the accession by Canada to sovereign status. The federal Parliament was not clothed with additional legislative authority in consequence of the commitments it had made under an international treaty.

Les décisions examinées ci-dessus sont toutes des arrêts de cette Cour. Nous avons déjà parlé de l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire des *Conventions de travail* qui, à notre avis, apporte par analogie une aide précieuse pour résoudre le litige soumis à la Cour. Le procureur général du Canada y faisait valoir que le pouvoir du gouvernement fédéral de conclure des traités au nom d'un Canada souverain permettait au Parlement fédéral de légiférer conformément aux obligations contractées aux termes d'un traité. Le Conseil privé a rejeté cette prétention et décidé que le Parlement fédéral ne bénéficiait pas d'une compétence législative plus grande du fait de l'accession du Canada à la souveraineté. Le Parlement fédéral n'était pas investi d'une autorité législative additionnelle à cause des engagements qu'il avait pris aux termes d'un traité international.

The contention of the Attorney General of Canada in the present proceedings is that only the federal Parliament can speak for Canada as a sovereign state. It is the Houses of Parliament which, alone, under the practice developed in the obtaining of amendments to the *B.N.A. Act*, can submit a request to the Imperial Parliament to amend the *B.N.A. Act*, and the Imperial Parliament by a firm and unbending convention must comply with such a request. There is therefore, it is contended, nothing which lawfully precludes the submission to the Imperial Parliament by resolution of both Houses of a request for an amendment to the *B.N.A. Act* which affects the basic division of legislative powers enshrined in the *B.N.A. Act*.

Le procureur général du Canada prétend en l'espèce que seul le Parlement fédéral peut parler au nom du Canada en tant qu'Etat souverain. Selon la pratique de modification de l'*A.A.N.B.* qui s'est développée, seules les chambres du Parlement peuvent prier le Parlement impérial de modifier l'*A.A.N.B.* et, aux termes d'une convention ferme et fixe, ce dernier doit s'y conformer. Rien, prétend-on, n'empêche donc juridiquement de soumettre au Parlement impérial par une résolution des deux chambres une demande de modification de l'*A.A.N.B.* qui a un effet sur la division fondamentale des pouvoirs législatifs enchâssés dans l'*A.A.N.B.*

In our opinion the accession of Canada to sovereign international status did not enable the federal Parliament, whose legislative authority is limited to the matters defined in s. 91 of the *B.N.A. Act*, unilaterally by means of a resolution of its two Houses, to effect an amendment to the *B.N.A. Act* which would offend against the basic principle of the division of powers created by that Act. The assertion of such a right, which has never before been attempted, is not only contrary to the federal system created by the *B.N.A. Act*, but also runs counter to the objective sought to be achieved by s. 7 of the *Statute of Westminster, 1931*.

The federal position in these appeals can be summarized in these terms. While the federal Parliament lacks legal authority to achieve the objectives set out in the Resolution by the enactment of its own legislation, that limitation upon its authority can be evaded by having the legislation enacted by the Imperial Parliament at the behest of a resolution of the two Houses of the federal Parliament. This is an attempt by the federal Parliament to accomplish indirectly that which it is legally precluded from doing directly by perverting the recognized resolution method of obtaining constitutional amendments by the Imperial Parliament for an improper purpose. In our opinion, since it is beyond the power of the federal Parliament to enact such an amendment, it is equally beyond the power of its two Houses to effect such an amendment through the agency of the Imperial Parliament.

We would adopt the views expressed by the Right Honourable Louis St. Laurent, then Prime Minister of Canada, on January 31, 1949, when in the debate on the Address he said:

> With respect to all matters given by the constitution to the provincial governments, nothing this house could do could take anything away from them. We have no jurisdiction over what has been assigned exclusively to the provinces. We cannot ask that what is not within our jurisdiction be changed. We have jurisdiction over the matters assigned to us and we can ask that the manner of dealing with those matters be changed . . . .

(House of Commons Debates, 1949, vol. 1, at p. 85.)

A notre avis, l'accession du Canada au statut souverain international ne permet pas au Parlement fédéral, dont l'autorité législative est limitée aux matières définies à l'art. 91 de l'*A.A.N.B.*, de faire unilatéralement, au moyen d'une résolution de ses deux chambres, une modification de l'*A.A.N.B.* qui serait contraire au principe fondamental de la division des pouvoirs créée par cet acte. La revendication de ce droit, qui n'a jamais été tentée auparavant, est non seulement contraire au régime fédéral créé par l'*A.A.N.B.*, mais va également à l'encontre de l'objectif visé par l'art. 7 du *Statut de Westminster, 1931*.

On peut résumer en ces termes la position fédérale en l'espèce. Bien que le Parlement fédéral n'ait pas l'autorité voulue pour atteindre les objectifs énoncés dans la résolution en adoptant lui-même une loi, il peut échapper à cette limitation de son autorité en la faisant adopter par le Parlement impérial sur l'ordre d'une résolution des deux chambres du Parlement fédéral. Le Parlement fédéral tente ainsi d'accomplir indirectement ce que juridiquement il ne peut faire directement, en détournant vers une fin illégale le mode normal de résolution utilisé pour obtenir du Parlement impérial l'adoption de modifications constitutionnelles. A notre avis, puisque l'adoption d'une telle modification excède le pouvoir du Parlement fédéral, il est également hors du pouvoir de ses deux chambres de le faire par l'intermédiaire du Parlement impérial.

Nous faisons nôtre l'opinion exprimée par le très honorable Louis St-Laurent, alors premier ministre du Canada, le 31 janvier 1949, lorsqu'il dit au cours du débat sur l'adresse:

> Quant aux questions confiées par la constitution aux gouvernements provinciaux, il est impossible au Parlement fédéral de les leur retirer. Notre compétence ne s'étend pas à ce qui a été confié exclusivement aux provinces. Nous ne pouvons demander que soit modifié quelque chose qui échappe à notre juridiction, qui elle, ne porte que sur les questions qui nous sont expressément confiées. Nous pouvons demander que soit modifiée la façon de nous occuper de ces questions-là, . . .

(Débats de la Chambre des communes, 1949, vol. 1, à la p. 87.)

This passage clearly defines the scope of the power of the federal Parliament to request, on its own motion, amendments to the *B.N.A. Act*. It is limited to matters which are assigned to the federal Parliament by the *B.N.A. Act*.

CONCLUSIONS:

The *B.N.A. Act* created a federal union. It was of the very essence of the federal nature of the Constitution that the Parliament of Canada and the provincial legislatures should have distinct and separate legislative powers. The nature of the legislative powers of the provinces under s. 92 and the status of the provincial legislatures was declared by the Privy Council in the *Hodge* case (*supra*) and in the *Maritime Bank* case (*supra*). We repeat the statement of Lord Watson in the latter case at pp. 441-42:

The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy.

The continuation of that basic division of legislative powers was recognized in s. 7(3) of the *Statute of Westminster, 1931*. The Parliament of Canada has no power to trespass on the area of legislative powers given to the provincial legislatures. Section 7 of the Statute was intended to safeguard provincial legislative powers from possible encroachment by the federal Parliament as a result of the powers being conferred upon the Parliament of Canada by the Statute.

The fact that the status of Canada became recognized as a sovereign state did not alter its federal nature. It is a sovereign state, but its government is federal in character with a clear division of legislative powers. The Resolution at issue in these appeals could only be an effective expression of Canadian sovereignty if it had the support of both levels of government.

The two Houses of the Canadian Parliament claim the power unilaterally to effect an amendment to the *B.N.A. Act* which they desire, includ-

Ce passage définit clairement l'étendue du pouvoir du Parlement fédéral de demander de son propre chef des modifications de l'*A.A.N.B.* Il est limité aux matières que l'*A.A.N.B.* lui a attribuées.

CONCLUSIONS:

L'*A.A.N.B.* a créé une union fédérale. Il est de l'essence même de la nature fédérale de la Constitution que le Parlement du Canada et les législatures des provinces aient des pouvoirs législatifs distincts. Le Conseil privé s'est prononcé sur la nature des pouvoirs législatifs des provinces aux termes de l'art. 92 et sur le statut des législatures provinciales dans les arrêts *Hodge* et *Maritime Bank* (précités). Nous reprenons la déclaration de lord Watson dans cette dernière affaire aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie.

Le maintien de la division fondamentale des pouvoirs législatifs a été reconnu au par. 7(3) du *Statut de Westminster, 1931*. Le Parlement du Canada n'a pas le pouvoir d'empiéter sur le domaine des pouvoirs législatifs conférés aux législatures provinciales. Le but de l'art. 7 du Statut était de protéger les pouvoirs législatifs provinciaux des atteintes possibles du Parlement fédéral compte tenu des pouvoirs que le Statut lui conférait.

La reconnaissance du statut du Canada en tant qu'Etat souverain n'a pas modifié sa nature fédérale. C'est un Etat souverain, mais son gouvernement est de type fédéral avec une division nette des pouvoirs législatifs. La résolution en cause ici pourrait seulement constituer une expression réelle de la souveraineté canadienne si elle avait l'appui des deux ordres de gouvernement.

Les deux chambres du Parlement canadien revendiquent le pouvoir d'effectuer unilatéralement une modification de l'*A.A.N.B.* qu'elles dési-

ing the curtailment of provincial legislative powers. This strikes at the basis of the whole federal system. It asserts a right by one part of the Canadian governmental system to curtail, without agreement, the powers of the other part.

There is no statutory basis for the exercise of such a power. On the contrary, the powers of the Senate and the House of Commons, given to them by s. 4(*a*) of the *Senate and House of Commons Act*, excluded the power to do anything inconsistent with the *B.N.A. Act*. The exercise of such a power has no support in constitutional convention. The constitutional convention is entirely to the contrary. We see no other basis for the recognition of the existence of such a power. This being so, it is the proper function of this Court, in its role of protecting and preserving the Canadian constitution, to declare that no such power exists. We are, therefore, of the opinion that the Canadian Constitution does not empower the Senate and the House of Commons to cause the Canadian Constitution to be amended in respect of provincial legislative powers without the consent of the provinces.

Question B in the Quebec Reference raises the issue as to the power of the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended "without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them". The Attorney General of Saskatchewan when dealing with Question 3 in the Manitoba and Newfoundland References submitted that it was not necessary in these proceedings for the Court to pronounce on the necessity for the unanimous consent of all the provinces to the constitutional amendments proposed in the Resolution. It was sufficient, in order to answer the question, to note the opposition of eight of the provinces which contained a majority of the population of Canada.

We would answer Question B in the negative. We would answer Question 3 of the Manitoba and Newfoundland References in the affirmative without deciding, at this time, whether the agreement referred to in that question must be unanimous.

rent, y compris la réduction des pouvoirs législatifs provinciaux. Ceci attaque à la base l'ensemble du régime fédéral. Ainsi on affirme le droit d'une partie du régime gouvernemental canadien de réduire les pouvoirs de l'autre partie sans son consentement.

L'exercice de ce pouvoir ne repose sur aucun fondement législatif. Au contraire, les pouvoirs qu'accorde au Sénat et à la Chambre des communes l'al. 4*a*) de la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, excluent le pouvoir d'agir de façon incompatible avec l'*A.A.N.B.* L'exercice de ce pouvoir n'a aucun appui dans une convention constitutionnelle. La convention constitutionnelle va totalement en sens contraire. Nous ne voyons aucun autre fondement de la reconnaissance de l'existence de ce pouvoir. Ceci étant, il appartient à cette Cour, à qui il incombe de protéger et de préserver la constitution canadienne, de déclarer que ce pouvoir n'existe pas. Nous sommes donc d'avis que la constitution canadienne ne confère pas au Sénat et à la Chambre des communes le pouvoir de faire modifier la constitution canadienne relativement aux pouvoirs législatifs provinciaux sans le consentement des provinces.

La question B du renvoi du Québec soulève le point de savoir si le Sénat et la Chambre des communes du Canada sont habilités à faire modifier la constitution canadienne «sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles». Lorsque le procureur général de la Saskatchewan a traité de la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve, il a fait valoir qu'il n'était pas nécessaire dans ces procédures que la Cour statue sur la nécessité du consentement unanime de toutes les provinces aux modifications constitutionnelles proposées dans la résolution. Il suffisait pour répondre à la question de souligner l'opposition de huit provinces qui regroupent une majorité de la population du Canada.

Nous sommes d'avis de répondre à la question B par la négative. Nous sommes d'avis de répondre à la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve par l'affirmative sans décider pour l'instant si le consentement y mentionné doit être unanime.

—II—

THE CHIEF JUSTICE AND ESTEY AND MCINTYRE JJ. (*dissenting*)—These reasons are addressed solely to Question 2 in the Manitoba[39] and Newfoundland References[40] and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference[41]. Our views upon the other questions raised in the three References are expressed in another judgment. As will be pointed out later, no legal question is raised in the questions under consideration in these reasons and, ordinarily, the Court would not undertake to answer them for it is not the function of the Court to go beyond legal determinations. Because of the unusual nature of these References and because the issues raised in the questions now before us were argued at some length before the Court and have become the subject of the reasons of the majority, with which, with the utmost deference, we cannot agree, we feel obliged to answer the questions notwithstanding their extra-legal nature.

Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References is in the form set out hereunder:

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

The same question arises from the wording of Question B in the Quebec Reference which asks:

[TRANSLATION] B. Does the Canadian Constitution empower, whether by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

[39] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.
[40] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.
[41] [1981] C.A. 80; (1981), 120 D.L.R. (3d) 385.

—II—

LE JUGE EN CHEF ET LES JUGES ESTEY ET MCINTYRE (*dissidents*)—Ces motifs visent seulement la question 2 des renvois du Manitoba[39] et de Terre-Neuve[40] et la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec[41]. Notre opinion sur les autres questions soulevées dans les trois renvois est exprimée dans un autre jugement. Comme nous l'expliquerons plus loin, les questions examinées dans ces motifs ne soulèvent aucun point de droit et normalement la Cour n'entreprendrait pas d'y répondre car il n'entre pas dans ses fonctions d'aller au-delà des déterminations juridiques. Mais du fait de la nature inhabituelle de ces renvois et du fait que les points soulevés par les questions dont nous sommes saisis ont été assez longuement plaidés devant la Cour et qu'ils font l'objet des motifs de la majorité auxquels, avec les plus grands égards, nous ne pouvons souscrire, nous estimons devoir répondre aux questions nonobstant leur nature non juridique.

La question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve est formulée en ces termes:

2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

La même question découle de la formulation de la question B du renvoi du Québec:

B. La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

[39] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.
[40] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.
[41] [1981] C.A. 80.

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

At the outset it should be observed that the convention referred to in the above questions, and contended for by all objecting provinces except Saskatchewan, is a constitutional convention which requires that before the two Houses of the Canadian Parliament will request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom a measure to amend the Constitution of Canada, affecting federal-provincial relationships, it will obtain agreement thereto from the provinces. From the wording of the questions and from the course of argument it is clear that the questions mean the consent of *all* the provinces. This then is the question which must be answered on this part of the References. An affirmative answer would involve a declaration that such a convention, requiring the consent of *all* the provinces, exists, while a negative answer would, of course, deny its existence. No other answers can be open to the Court for, on a reference of this nature, the Court may answer only the questions put and may not conjure up questions of its own which, in turn, would lead to uninvited answers: see *Reference re Magistrate's Court of Quebec*[42] (at pp. 779-780); *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*[43]; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada and Another*[44] and *Reference re Waters and Water-Powers*[45].

The position was expressed succinctly in the *Lord's Day Alliance* case by Lord Blanesburgh, at pp. 388-89. He said:

It will be observed that each of these questions is concerned with a state of things resulting from the new Act being duly brought into force. The Lieutenant-Governor-in-Council expresses a desire to be informed as to the legality of the excursions to which he refers only on the assumption that that Act has been made operative, and no question as to their legality apart from the Act is propounded. Their Lordships were, however, strongly urged by the appellants to deal with and dispose of the view that such excursions were lawful in Manitoba

[42] [1965] S.C.R. 772.
[43] [1925] A.C. 384.
[44] [1912] A.C. 571.
[45] [1929] S.C.R. 200.

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Il faut souligner dès maintenant que la convention mentionnée dans ces questions et défendue par toutes les provinces opposées au projet, à l'exception de la Saskatchewan, est une convention constitutionnelle selon laquelle, avant que les deux chambres du Parlement canadien ne demandent à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales, il faut obtenir le consentement des provinces. Il ressort clairement de la formulation des questions et des plaidoiries que le consentement visé est celui de *toutes* les provinces. C'est donc à cette question qu'il faut répondre dans cette partie des renvois. Une réponse affirmative reviendrait à déclarer existante une convention qui exige le consentement de *toutes* les provinces alors qu'une réponse négative en nierait évidemment l'existence. La Cour n'a aucune autre option car, dans un renvoi de cette nature, elle ne peut répondre qu'aux questions soumises et ne peut évoquer de son propre chef des questions qui conduiraient à des réponses non sollicitées: voir *Renvoi relatif à la Cour de Magistrat de Québec*[42] (aux pp. 779 et 780); *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*[43]; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada and Another*[44] et *Renvoi: Waters and Water-Powers*[45].

Dans l'affaire *Lord's Day Alliance*, la situation a été exprimée succinctement par lord Blanesburgh, aux pp. 388 et 389. Il dit:

[TRADUCTION] Il faut souligner que chacune de ces questions vise un état de chose qui découle de la nouvelle Loi dûment mise en vigueur. Le lieutenant-gouverneur en conseil veut être informé de la légalité des excursions auxquelles il se réfère, seulement en supposant que cette loi est entrée en vigueur, et on ne défend aucunement la question de leur légalité en dehors de la Loi. Toutefois, les appelants ont demandé avec insistance à leurs Seigneuries d'analyser et de trancher l'argument que ces excursions sont légales au Manitoba tout à fait indépen-

[42] [1965] R.C.S. 772.
[43] [1925] A.C. 384.
[44] [1912] A.C. 571.
[45] [1929] R.C.S. 200.

independently of the Act altogether—a view expressed by some of the learned judges of the Court of Appeal in this case and foreshadowed in an earlier decision of the same Court.

Their Lordships will refrain from taking this course, for one compelling reason, which they name out of several which would justify reserve in this matter.

Statutes empowering the executive Government, whether of the Dominion of Canada or of a Canadian Province, to obtain by direct request from the Court answers to questions both of fact and law, although intra vires of the respective Legislatures, impose a novel duty to be discharged, but not enlarged by the Court: see *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada* [[1912] A.C. 571]. It is more than ordinarily expedient in the case of such references that a Court should refrain from dealing with questions other than those which on excessive responsibility are in express terms referred to it, and their Lordships will here act upon that view.

Where there is ambiguity, or where questions are phrased in such general terms that a precise answer is difficult or impossible to give, the Court may qualify the answers, answer in general terms, or refuse to answer: see *Reference re Waters and Water-Powers, supra.* No such considerations apply here. There is no ambiguity in the questions before the Court. Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References refers without qualification to the "agreement of the provinces". Question B in the Quebec Reference uses the words "the consent of the provinces", also without qualification. The expressions "of the provinces" or "of the provinces of Canada" in this context and in general usage mean in plain English *all* of the provinces of Canada, and our consideration of the questions must be upon this basis. The Court, in our view, would not be justified in editing the questions to develop a meaning not clearly expressed. These expressions in ordinary usage mean *each* of the provinces. This, in turn, connotes all of the provinces. This is so because the question assumes that all provinces are equal regarding their respective constitutional positions. Where the expression "Houses of Parliament" is used in many instances in the record before this Court on these appeals it could hardly be argued that the expression could mean either or one of the Houses

damment de la Loi, d'autant que certains des savants juges de la Cour d'appel en l'espèce avaient exprimé cette opinion qu'annonçait une décision antérieure de la même cour.

Leurs Seigneuries s'abstiendront de suivre ce chemin pour une raison majeure qu'ils choisissent parmi plusieurs autres qui pourraient justifier une réserve en l'espèce.

Les lois qui autorisent l'exécutif du gouvernement, qu'il s'agisse de celui du Dominion du Canada ou d'une province canadienne, à demander par une requête directe à la Cour de répondre à une question tant de fait que de droit, bien qu'elle relève de la compétence des législatures respectives, imposent un devoir nouveau dont la Cour doit s'acquitter mais sans l'élargir: voir *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [[1912] A.C. 571.] Il est plus que normalement opportun dans les cas de ces renvois qu'un tribunal s'abstienne de traiter de questions autres que celles qui lui sont déférées en termes exprès et leurs Seigneuries en l'espèce suivront cette règle.

Lorsqu'il y a ambiguïté ou que les questions sont formulées en des termes si généraux qu'une réponse précise est difficile ou impossible à donner, le tribunal peut qualifier les réponses, répondre en termes généraux ou refuser de répondre: voir le *Renvoi: Waters and Water-Powers*, précité. Aucune considération de ce genre ne s'applique en l'espèce. Les questions soumises à la Cour ne sont pas ambiguës. La question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve parle sans restriction du «consentement ... des provinces». La question B du renvoi du Québec utilise les termes «l'assentiment des provinces», également sans restriction. Les expressions «des provinces» ou «les provinces du Canada» dans ce contexte ou dans l'usage général signifie en français courant *toutes* les provinces du Canada et notre examen de la question doit se faire sur cette base. La Cour ne serait à notre avis pas justifiée de retoucher les questions pour leur donner un sens qui n'est pas clairement exprimé. Selon l'usage ordinaire, ces expressions signifient *chaque* province. Cela connote à son tour toutes les provinces. Il en est ainsi parce que la question présume que toutes les provinces sont sur un pied d'égalité pour ce qui est de leur situation constitutionnelle respective. Il n'est pas vraiment possible de soutenir que l'emploi répété de l'expression «chambres du Parlement» dans le dossier

of Parliament; that is to say, if the consent of the Houses of Parliament were required by statute, the provision could not be read as including the possibility that the consent of one of the Houses of Parliament would be sufficient. So it is with the questions before us.

What are conventions and, particularly, what are constitutional conventions? While our answers to Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference will differ from those of the majority of the Court, we are in agreement with much of what has been said as to the general nature of constitutional conventions in the reasons for judgment by the majority, which we have had the advantage of reading. We are in agreement, as well, with the words of Freedman C.J.M. in his reasons for judgment in the Manitoba Reference, referred to with approval and quoted by the majority. We cannot, however, agree with any suggestion that the non-observance of a convention can properly be termed unconstitutional in any strict or legal sense, or that its observance could be, in any sense, a constitutional requirement within the meaning of Question 3 of the Manitoba and Newfoundland References. In a federal state where the essential feature of the constitution must be the distribution of powers between the two levels of government, each supreme in its own legislative sphere, constitutionality and legality must be synonymous, and conventional rules will be accorded less significance than they may have in a unitary state such as the United Kingdom. At the risk of undue repetition, the point must again be made that constitutionalism in a unitary state and practices in the national and regional political units of a federal state must be differentiated from constitutional law in a federal state. Such law cannot be ascribed to informal or customary origins, but must be found in a formal document which is the source of authority, legal authority, through which the central and regional units function and exercise their powers.

The constitution of Canada, as has been pointed out by the majority, is only in part written, *i.e.*

soumis à cette Cour dans ces pourvois pourrait signifier l'une ou l'autre ou une seule des chambres du Parlement; en d'autres termes, si le consentement des chambres du Parlement était requis par la loi, cela ne saurait comprendre la possibilité que le consentement d'une des chambres du Parlement suffise. Il en est de même des questions qui nous sont soumises.

Qu'est-ce qu'une convention et, en particulier, une convention constitutionnelle? Quoique nos réponses à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la question B du renvoi du Québec diffèrent de celles de la majorité de la Cour, nous sommes d'accord avec la plus grande partie de l'analyse de la nature générale des conventions constitutionnelles faites dans les motifs de jugement de la majorité que nous avons eu l'avantage de lire. Nous souscrivons également au passage des motifs de jugement du juge en chef Freedman du Manitoba dans le renvoi du Manitoba, approuvé et cité par la majorité. Nous ne sommes toutefois pas d'accord avec la proposition que l'on peut qualifier d'inconstitutionnel au sens strict ou juridique le non-respect d'une convention, ou que son respect pourrait être de quelque façon une exigence constitutionnelle au sens de la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve. Dans un Etat fédéral où la caractéristique essentielle de la Constitution doit être la répartition des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement, chacun étant souverain dans sa propre sphère législative, constitutionnalité et légalité doivent être synonymes et les règles conventionnelles recevront une importance moindre que celle qu'elles peuvent avoir dans un Etat unitaire comme le Royaume-Uni. Au risque d'une répétition indue, il faut à nouveau souligner qu'on doit distinguer le régime constitutionnel dans un Etat unitaire et les pratiques des entités politiques nationales et régionales d'un Etat fédéral d'une part, du droit constitutionnel d'un Etat fédéral d'autre part. Ce droit ne peut avoir des origines coutumières ou informelles, mais il doit découler d'un texte en bonne et due forme qui est la source de l'autorité, l'autorité légale, qui permet aux entités centrales et régionales de fonctionner et d'exercer leurs pouvoirs.

La Constitution du Canada, comme le souligne la majorité, n'est écrite qu'en partie, c'est-à-dire

contained in statutes which have the force of law and which include, in addition to the *British North America Act* (hereinafter called the *B.N.A. Act*), the various other enactments which are listed in the reasons of the majority. Another, and indeed highly important, part of the constitution has taken the form of custom and usage, adopting in large part the practices of the Parliament of the United Kingdom and adapting them to the federal nature of this country. These have evolved with time to form with the statutes referred to above and certain rules of the common law a constitution for Canada. This constitution depends then on statutes and common law rules which declare the law and have the force of law, and upon customs, usages and conventions developed in political science which, while not having the force of law in the sense that there is a legal enforcement process or sanction available for their breach, form a vital part of the constitution without which it would be incomplete and unable to serve its purpose.

As has been pointed out by the majority, a fundamental difference between the legal, that is the statutory and common law rules of the constitution, and the conventional rules is that, while a breach of the legal rules, whether of statutory or common law nature, has a legal consequence in that it will be restrained by the courts, no such sanction exists for breach or non-observance of the conventional rules. The observance of constitutional conventions depends upon the acceptance of the obligation of conformance by the actors deemed to be bound thereby. When this consideration is insufficient to compel observance no court may enforce the convention by legal action. The sanction for non-observance of a convention is political in that disregard of a convention may lead to political defeat, to loss of office, or to other political consequences, but it will not engage the attention of the courts which are limited to matters of law alone. Courts, however, may recognize the existence of conventions and that is what is asked of us in answering the questions. The answer, whether affirmative or negative however, can have no legal effect, and acts performed or done in conformance with the law, even though in direct contradiction of well-established conventions, will not be enjoined or set aside by the courts. For one

consacrée par des textes législatifs qui ont force de loi et qui comprennent outre l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* (ci-après appelé l'*A.A.N.B.*), les autres textes de lois énumérés dans les motifs de la majorité. Une autre partie de la Constitution, et d'ailleurs des plus importante, est formée de la coutume et de l'usage, qui ont adopté en grande partie les pratiques du Parlement du Royaume-Uni en les adaptant à la nature fédérale de ce pays. Avec le temps, ceux-ci ont évolué pour former avec les lois mentionnées ci-dessus et certaines règles de *common law* une constitution pour le Canada. Cette constitution repose donc sur des lois et des règles de *common law* qui disent le droit et ont force de loi, et des coutumes, usages et conventions élaborés en sciences politiques qui, sans avoir force de loi en ce sens qu'il existe un mécanisme juridique d'application ou une sanction légale de leur violation, forment un élément vital de la Constitution sans lequel elle serait incomplète et incapable d'atteindre son but.

Comme le souligne la majorité, il existe une différence fondamentale entre les règles de droit (c'est-à-dire celles tirées de la loi et de la *common law*) de la Constitution et les règles conventionnelles: alors qu'une violation des règles de droit, qu'elles soient de nature législative ou de *common law*, a des conséquences juridiques puisque les tribunaux la réprimeront, aucune sanction de ce genre n'existe pour la violation ou le non-respect des règles conventionnelles. Pour que les conventions constitutionnelles soient respectées, il faut que les acteurs qu'elles sont censées lier acceptent l'obligation de s'y conformer. Lorsque cette considération est insuffisante pour en forcer le respect, aucun tribunal ne peut donner juridiquement effet à la convention. La sanction du non-respect d'une convention est politique en ce sens que le mépris d'une convention peut conduire à une défaite politique, à la perte d'un poste ou à d'autres conséquences politiques, mais les tribunaux ne pourront en tenir compte puisqu'ils sont limités aux questions de droit seulement. Toutefois, les tribunaux peuvent reconnaître l'existence de conventions et c'est ce qu'on nous demande de faire en répondant aux questions. La réponse, qu'elle soit affirmative ou négative, peut être sans effet juridique et les tribunaux n'imposeront ni n'annuleront des actes

of many examples of the application of this principle see: *Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George*[46]. Simple convention cannot create such a power in either level of government. A Canadian convention could only be of negative effect, that is, to limit the exercise of such power. However, no limitative practice can have the effect of giving away such power where it exists in law.

There are different kinds of conventions and usages, but we are concerned here with what may be termed 'constitutional' conventions or rules of the constitution. They were described by Professor Dicey in the tenth edition of his *Law of the Constitution* (1959), at pp. 23-24, in the following passage:

> The one set of rules are in the strictest sense "laws," since they are rules which (whether written or unwritten, whether enacted by statute or derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims known as the common law) are enforced by the courts; these rules constitute "constitutional law" in the proper sense of that term, and may for the sake of distinction be called collectively "the law of the constitution."
>
> The other set of rules consist of conventions, understandings, habits, or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed the "conventions of the constitution," or constitutional morality.

Later, at p. 27, after discussing examples from English practice, he said:

> Under the English constitution they have one point in common: they are none of them "laws" in the true sense of that word, for if any or all of them were broken, no court would take notice of their violation.

And further, at pp. 30-31, he added:

> With conventions or understandings he [the lawyer and law teacher] has no direct concern. They vary from

[46] [1969] 1 A.C. 645.

conformes au droit même s'ils sont en contradiction directe avec des conventions bien établies. On trouve l'un des multiples exemples de l'application de ce principe dans l'arrêt *Madzimbamuto v. Lardner-Burke and George*[46]. Une simple convention ne peut conférer pareil pouvoir à l'un ou l'autre ordre de gouvernement. Une convention canadienne pourrait seulement avoir un effet négatif, c'est-à-dire limiter l'exercice de ce pouvoir. Toutefois aucune pratique limitative ne peut avoir pour effet de faire perdre ce pouvoir s'il existe en droit.

Il existe différentes sortes de conventions et d'usages, mais en l'espèce il s'agit seulement de ce qu'on peut appeler les conventions «constitutionnelles» ou règles de la Constitution. Le professeur Dicey les décrit dans la dixième édition de son ouvrage, *Law of the Constitution*, 1959, aux pp. 23 et 24 dans le passage suivant:

> [TRADUCTION] Il existe un groupe de règles qui sont au sens le plus strict des «règles de droit» puisque ce sont des règles auxquelles (qu'elles soient écrites ou non, sous forme de lois ou dérivant d'une masse de coutume, de tradition ou de maximes judiciaires comme la *common law*) les tribunaux donnent effet; ces règles constituent «le droit constitutionnel» au sens propre de cette expression et, pour les distinguer, on peut les qualifier collectivement de «règles de la constitution».
>
> L'autre groupe de règles est formé des conventions, des arrangements, des habitudes ou pratiques qui, quoiqu'ils puissent régir la conduite des nombreux tenants du pouvoir souverain, du Gouvernement ou d'autres fonctionnaires, ne constituent aucunement en réalité des règles de droit puisque les tribunaux n'y donnent pas effet. Pour la distinguer, on peut qualifier cette partie du droit constitutionnel de «convention de la constitution» ou de moralité constitutionnelle.

Plus loin à la p. 27, après une discussion d'exemples tirés de la pratique anglaise, il dit:

> [TRADUCTION] Aux termes de la constitution anglaise, elles ont un point commun: aucune n'est une «règle de droit» au sens véritable de ce mot, car aucun tribunal ne pourrait prendre connaissance de sa violation.

Et plus loin aux pp. 30 et 31, il ajoute:

> [TRADUCTION] Il [l'avocat ou le professeur de droit] n'a pas à s'intéresser directement aux conventions ou

[46] [1969] 1 A.C. 645.

generation to generation, almost from year to year. Whether a Ministry defeated at the polling booths ought to retire on the day when the result of the election is known, or may more properly retain office until after a defeat in Parliament, is or may be a question of practical importance. The opinions on this point which prevail to-day differ (it is said) from the opinions or understandings which prevailed thirty years back, and are possibly different from the opinions or understandings which may prevail ten years hence. Weighty precedents and high authority are cited on either side of this knotty question; the dicta or practice of Russell and Peel may be balanced off against the dicta or practice of Beaconsfield and Gladstone. The subject, however, is not one of law but of politics, and need trouble no lawyer or the class of any professor of law. If he is concerned with it at all, he is so only in so far as he may be called upon to show what is the connection (if any there be) between the conventions of the constitution and the law of the constitution.

This view has been adopted by Canadian writers, *e.g.* Professor Peter W. Hogg in *Constitutional Law of Canada* (1977), dealt with the matter in these terms, at p. 7:

> Conventions are rules of the constitution which are not enforced by the law courts. Because they are not enforced by the law courts they are best regarded as non-legal rules, but because they do in fact regulate the working of the constitution they are an important concern of the constitutional lawyer. What conventions do is to prescribe the way in which legal powers shall be exercised. Some conventions have the effect of transferring effective power from the legal holder to another official or institution. Other conventions limit an apparently broad legal power, or even prescribe that a legal power shall not be exercised at all.

At page 8, he said:

> If a convention is disobeyed by an official, then it is common, especially in the United Kingdom, to describe the official's act or omission as "unconstitutional". But this use of the term unconstitutional must be carefully distinguished from the case where a legal rule of the constitution has been disobeyed. Where unconstitutionality springs from a breach of law, the purported act is normally a nullity and there is a remedy available in the courts. But where "unconstitutionality" springs merely from a breach of convention, no breach of the law has occurred and no legal remedy will be available. If a

aux arrangements. Ils varient d'une génération à l'autre et presque d'une année à l'autre. La question de savoir si un Gouvernement défait aux élections devrait démissionner le jour du résultat de l'élection ou peut à bon droit conserver son poste jusqu'à une défaite au Parlement, est ou peut être une question d'importance pratique. Les opinions sur ce point qui ont cours aujourd'hui diffèrent (dit-on) des opinions ou perceptions qui avaient cours voici trente ans et sont possiblement différentes de celles qui auront cours dans dix ans d'ici. Des précédents de poids et de solides autorités sont cités des deux côtés sur cette question épineuse; les dicta ou la pratique de Russell et Peel peuvent être opposés à ceux de Beaconsfield et Gladstone. Toutefois, il ne s'agit pas d'une matière juridique mais politique et ni l'avocat ni la classe du professeur de droit ne doit s'en inquiéter. S'il doit se pencher sur le sujet, c'est seulement dans la mesure où on peut lui demander de montrer quelle est la relation (le cas échéant) entre les conventions de la constitution et le droit constitutionnel.

Ce point de vue est celui des auteurs canadiens tel le professeur Peter W. Hogg dans *Constitutional Law of Canada*, 1977, qui traite de la question en ces termes à la p. 7:

> [TRADUCTION] Les conventions sont des règles de la constitution auxquelles les tribunaux ne donnent pas effet. Comme les tribunaux ne leur donnent pas effet, on les considère au mieux comme des règles non juridiques, mais étant donné qu'elles régissent en fait les mécanismes de la constitution, elles jouent un rôle important pour le constitutionnaliste. Les conventions prescrivent effectivement la façon dont les pouvoirs seront exercés. Certaines conventions transfèrent le pouvoir réel d'un détenteur légitime à une autre instance. D'autres conventions limitent un pouvoir apparemment vaste ou même prescrivent qu'un pouvoir donné ne sera pas exercé du tout.

A la page 8, il dit:

> [TRADUCTION] Si un personnage officiel enfreint une convention, il est alors habituel, en particulier au Royaume-Uni, de qualifier l'acte ou l'omission d'«inconstitutionnel». Mais il faut distinguer soigneusement l'utilisation du terme inconstitutionnel du cas où une règle juridique de la constitution a été enfreinte. Lorsque l'inconstitutionnalité découle d'une violation du droit, le prétendu acte est normalement nul et il existe un recours devant les tribunaux. Mais lorsque «l'inconstitutionnalité» découle simplement d'une violation de convention, la loi n'a pas été violée et il n'existe aucun

court did give a remedy for a breach of convention, for example, by declaring invalid a statute enacted for Canada by the United Kingdom Parliament without Canada's request or consent, or by ordering an unwilling Governor General to give his assent to a bill enacted by both houses of Parliament, then we would have to change our language and describe the rule which used to be thought of as a convention as a rule of the common law. In other words a judicial decision could have the effect of transforming a conventional rule into a legal rule. A convention may also be transformed into law by being enacted as a statute.

It will be noted that Professor Hogg, in the quotation immediately above, has expressed the view that a judicial decision could have the effect of transforming a conventional rule into a legal rule, as could the enactment of a convention in statutory form. There can be no doubt that a statute, by enacting the terms of a convention, could create positive law, but it is our view that it is not for the Courts to raise a convention to the status of a legal principle. As pointed out above, courts may recognize the existence of conventions in their proper sphere. That is all that may be properly sought from the Court in answering Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional part of Question B in the Quebec Reference: an answer by the Court recognizing the existence of the convention or denying its existence. For the Court to postulate some other convention requiring less than unanimous provincial consent to constitutional amendments would be to go beyond the terms of the References and in so doing to answer a question not posed in the References. It would amount, in effect, to an attempt by judicial pronouncement to create an amending formula for the Canadian constitution which, in addition to being beyond the Court's power to declare, not being raised in a question posed in any of the References before the Court, would be incomplete for failure to specify the degree or percentage of provincial consent required. Furthermore, all the provinces, with the exception of Saskatchewan, oppose such a step. Those favouring the position of the federal Parliament, Ontario and New Brunswick, do so because they say no convention exists and those attacking

remède en droit. Si un tribunal accordait effectivement un redressement pour une violation de convention, par exemple, en déclarant invalide une loi adoptée pour le Canada par le Parlement du Royaume-Uni sans la demande ni le consentement du Canada ou en ordonnant au gouverneur général contre sa volonté de donner sa sanction à un projet de loi passé par les deux chambres du Parlement, nous devrions alors changer notre vocabulaire et décrire la règle que l'on croyait être une convention comme une règle de *common law*. En d'autres termes, une décision judiciaire pourrait avoir l'effet de transformer une règle conventionnelle en une règle de droit. Une convention peut également être transformée en règle de droit en devenant une loi.

Il convient de souligner que, selon les propos du professeur Hogg dans la citation précédente, une décision judiciaire pourrait transformer une règle conventionnelle en une règle de droit, comme pourrait le faire l'adoption d'une convention sous forme de loi. Il est indubitable qu'une loi, qui incorporerait les termes d'une convention, pourrait créer du droit positif mais, à notre avis, il n'appartient pas aux tribunaux d'élever une convention au rang de principe juridique. Comme on le dit ci-dessus, les tribunaux peuvent reconnaître l'existence des conventions dans leur propre domaine. C'est tout ce que l'on peut à bon droit demander à la Cour dans sa réponse à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec: une réponse de la Cour qui reconnaisse l'existence de la convention ou qui la nie. Si la Cour postulait d'autres conventions qui exigent moins que le consentement unanime des provinces aux modifications constitutionnelles, elle excéderait le cadre des renvois et ce faisant, elle répondrait à une question que les renvois ne posent pas. Cela reviendrait en fait à établir par déclaration judiciaire une formule de modification de la constitution canadienne qui, en plus d'excéder le pouvoir déclaratoire de la Cour, puisqu'il ne s'agit pas d'une question posée par les renvois soumis à la Cour, serait incomplète car elle ne préciserait pas l'étendue ou le pourcentage de consentement provincial nécessaire. En outre, toutes les provinces, à l'exception de la Saskatchewan, s'y opposent: les provinces favorables à la position du Parlement fédéral, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, parce que selon elles il n'existe pas de convention, et

the federal position, Quebec, Nova Scotia, Prince Edward Island, Manitoba, Alberta and British Columbia, do so because they say provincial participation is already fixed by what may be called 'the rule of unanimity'.

Conventions, while frequently unwritten, may nonetheless be reduced to writing. They may be reached by specific agreement between the parties to be bound, or they may more commonly arise from practice and usage. It is true, as well, that conventions can become law but this, in our view, would require some formal legal step such as enactment in statutory form. The *Statute of Westminster, 1931* affords an example of the enactment of conventions concerning constitutional relations between the United Kingdom and the various Dominions. However a convention may arise or be created, the essential condition for its recognition must be that the parties concerned regard it as binding upon them. While a convention, by its very nature, will often lack the precision and clearness of expression of a law, it must be recognized, known and understood with sufficient clarity that conformance is possible and a breach of conformance immediately discernible. It must play as well a necessary constitutional role.

There are many such conventions of the Canadian constitution and while at different periods they may have taken different forms, and while change and development have been observable and are, no doubt, continuing processes, they have been recognized nonetheless as rules or conventions of the Canadian constitution, known and observed at any given time in Canadian affairs. As the reasons of the majority point out, there are many examples. The general rule that the Governor General will act only according to the advice of the Prime Minister is purely conventional and is not to be found in any legal enactment. In the same category is the rule that after a general election the Governor General will call upon the leader of the party with the greatest number of seats to form a government. The rule of responsible government that a government losing the confidence of the

celles opposées à la position fédérale, le Québec, la Nouvelle-Écosse, l'Ile-du-Prince-Edouard, le Manitoba, l'Alberta et la Colombie-Britannique, parce que selon elles la participation provinciale est déjà fixée par ce qu'on peut appeler «la règle de l'unanimité».

Quoique fréquemment non écrites, les conventions peuvent néanmoins être consignées par écrit. Elles peuvent découler d'une entente précise entre les parties liées ou, ce qui est plus habituel, elles peuvent découler de la pratique et de l'usage. Il est également vrai que des conventions peuvent devenir des règles de droit mais, à notre avis, il faudrait pour ce faire une démarche juridique en bonne et due forme, telle l'adoption d'une loi. Le *Statut de Westminster, 1931* offre un exemple de la promulgation législative de conventions relatives aux relations constitutionnelles entre le Royaume-Uni et les différents Dominions. Quelle que soit l'origine d'une convention, la condition essentielle de sa reconnaissance est que les parties en cause se considèrent liées par elle. Quoique de par sa nature même, une convention manque souvent de précision et de clarté dans l'expression d'une règle de droit, on doit pouvoir la reconnaître, la connaître et la comprendre avec suffisamment de clarté pour pouvoir s'y conformer et immédiatement discerner son non-respect. Elle doit également jouer un rôle constitutionnel nécessaire.

La constitution canadienne comprend plusieurs conventions de ce genre et bien que selon les époques elles aient pu prendre différentes formes, que l'on puisse noter des changements et une évolution et qu'indubitablement il s'agisse d'un processus continu, on leur reconnaît néanmoins le statut de règles ou conventions de la constitution canadienne, connues et suivies à une époque donnée dans les affaires canadiennes. Comme les motifs de la majorité le soulignent, il y a de nombreux exemples. La règle générale suivant laquelle le gouverneur général agira seulement sur l'avis du premier ministre est purement conventionnelle et ne découle d'aucun texte législatif. Entre dans la même catégorie la règle voulant qu'après une élection générale, le gouverneur général demande au chef du parti qui réunit le plus grand nombre de sièges de former un gouverne-

House of Commons must itself resign, or obtain a dissolution, the general principles of majority rule and responsible government underlying the daily workings of the institutions of the executive and legislative branches of each level of government, and a variety of other such conventional arrangements, serve as further illustrations. These rules have an historical origin and bind, and have bound, the actors in constitutional matters in Canada for generations. No one can doubt their operative force or the reality of their existence as an effective part of the Canadian constitution. They are, nonetheless, conventional and, therefore, distinct from purely legal rules. They are observed without demur because all parties concerned recognize their existence and accept the obligation of observance, considering themselves to be bound. Even though it may be, as the majority of the Court has said, a matter of some surprise to many Canadians, these conventions have no legal force. They are, in short, the product of political experience, the adoption of which allows the political process to function in a way acceptable to the community.

These then are recognized conventions; they are definite, understandable and understood. They have the unquestioned acceptance not only of the actors in political affairs but of the public at large. Can it be said that any convention having such clear definition and acceptance concerning provincial participation in the amendment of the Canadian Constitution has developed? It is in the light of this comparison that the existence of any supposed constitutional convention must be considered. It is abundantly clear, in our view, that the answer must be no. The degree of provincial participation in constitutional amendments has been a subject of lasting controversy in Canadian political life for generations. It cannot be asserted, in our opinion, that any view on this subject has become so clear and so broadly accepted as to constitute a constitutional convention. It should be observed that there is a fundamental difference between the convention in the Dicey concept and the convention for which some of the provinces here contend. The Dicey convention relates to the functioning of

ment. La règle du gouvernement responsable, savoir qu'un gouvernement qui perd la confiance de la Chambre des communes doit démissionner de lui-même ou en obtenir la dissolution, les principes généraux de la règle de la majorité et du gouvernement responsable qui sous-tendent les travaux quotidiens des institutions de l'exécutif et du législatif de chaque ordre de gouvernement et un assortiment d'autres arrangements conventionnels peuvent servir d'illustrations. Ces règles ont une origine historique et ont lié, et lient toujours, les acteurs sur la scène constitutionnelle canadienne depuis des générations. Nul ne peut douter qu'elles soient en vigueur ni qu'elles existent vraiment en tant que force opérante de la constitution canadienne. Elles sont néanmoins conventionnelles et donc distinctes des règles purement juridiques. On les observe sans hésiter parce que toutes les parties en cause reconnaissent leur existence et acceptent de les observer, se considérant liées par elles. Même si, comme le dit la majorité de la Cour, cela peut surprendre beaucoup de Canadiens, ces conventions n'ont aucune force juridique. En bref, il s'agit du produit de l'expérience politique dont l'adoption permet au processus politique de fonctionner d'une façon acceptable pour la collectivité.

Ce sont alors des conventions établies. Elles sont définies, compréhensibles et comprises. Leur acceptation est incontestée non seulement de la part des acteurs sur la scène politique, mais aussi du grand public. Peut-on dire qu'il s'est créé une convention aussi bien définie et acceptée sur la question de la participation provinciale à la modification de la constitution canadienne? C'est à la lumière de cette comparaison que l'on doit examiner l'existence d'une présumée convention constitutionnelle. A notre avis, il est tout à fait clair que la réponse doit être négative. L'étendue de la participation provinciale aux modifications constitutionnelles constitue un sujet de controverse permanente dans la vie politique canadienne depuis des générations. A notre avis, on ne peut affirmer qu'un point de vue sur le sujet est devenu si clair et si largement accepté qu'il constitue une convention constitutionnelle. Il faut remarquer qu'il existe une différence fondamentale entre la convention selon le concept de Dicey et la convention que certaines provinces soutiennent en l'espèce. La convention

individuals and institutions within a parliamentary democracy in unitary form. It does not qualify or limit the authority or sovereignty of Parliament or the Crown. The convention sought to be advanced here would truncate the functioning of the executive and legislative branches at the federal level. This would impose a limitation on the sovereign body itself within the Constitution. Surely such a convention would require for its recognition, even in the non-legal, political sphere, the clearest signal from the plenary unit intended to be bound, and not simply a plea from the majority of the beneficiaries of such a convention, the provincial plenary units.

An examination of the Canadian experience since Confederation will, bearing in mind the considerations above described, serve to support our conclusion on this question. It may be observed here that it was not suggested in argument before this Court that there was any procedure for amendment now available other than by the addresses of both Houses of Parliament to Her Majesty the Queen. It was argued, however, that this was a procedural step only and that before it could be undertaken by Parliament the consent of the provinces would be required. It is with the frequency with which provincial consents were obtained or omitted, with the circumstances under which consent was or was not sought, with the nature of the amendments involved, and with provincial attitudes towards them that we must concern ourselves. As has been pointed out in other judgments on these References, here and in the other courts, there have been since Confederation some twenty-two amendments to the *B.N.A. Act*. Brief particulars of each amendment taken from the government paper entitled, "The Amendment of the Constitution of Canada", published in 1965 under the authority of The Hon. Guy Favreau, the federal Minister of Justice, hereinafter referred to as the White Paper, are set out below for convenience of reference.

(1) *The Rupert's Land Act, 1868* authorized the acceptance by Canada of the rights of the Hudson's Bay Company over Rupert's Land and the North-Western Territory. It also provided that, on

de Dicey se rapporte à l'activité des individus et des institutions dans une démocratie parlementaire de type unitaire. Elle ne restreint ni ne limite l'autorité ou la souveraineté du Parlement ou de la Couronne. La convention que l'on cherche à faire valoir en l'espèce, tronquerait l'activité de l'exécutif et du législatif au niveau fédéral. Ceci imposerait une limite à un corps lui-même souverain au sein de la Constitution. Il est manifeste que la reconnaissance de pareille convention, même dans le domaine politique et non juridique, exigerait de la part de l'entité souveraine qui serait ainsi liée un acquiescement clair et non simplement une affirmation de la majorité des bénéficiaires de cette convention, les entités provinciales souveraines.

Un examen de l'expérience canadienne depuis la Confédération, tout en gardant à l'esprit les considérations énoncées ci-dessus, vient appuyer notre conclusion sur ce point. On peut faire observer à ce stade qu'au cours des plaidoiries devant cette Cour, nul n'a suggéré qu'il existait actuellement une procédure de modification autre que les adresses des deux chambres du Parlement à Sa Majesté la Reine. On a fait valoir toutefois qu'il s'agissait seulement d'une étape de procédure et qu'avant que le Parlement puisse l'entreprendre, il fallait obtenir le consentement des provinces. Il faut donc nous arrêter à la fréquence avec laquelle le consentement provincial a été obtenu ou omis, aux circonstances dans lesquelles on l'a cherché ou non, à la nature des modifications en cause et à l'attitude provinciale à cet égard. Comme il ressort d'autres motifs exposés dans ces renvois, ici et par les autres cours, il y a eu quelque vingt-deux modifications de l'*A.A.N.B.* depuis la Confédération. Un énoncé bref de chaque modification est repris ci-dessous pour plus de commodité; ils sont tirés de la publication gouvernementale ci-après appelée le Livre blanc et intitulée «Modifications de la Constitution du Canada», publiée en 1965 sous l'autorité de l'honorable Guy Favreau, ministre fédéral de la Justice:

(1) *L'Acte de la Terre de Rupert de 1868* autorisa le Canada à acquérir les droits de la Compagnie de la baie d'Hudson sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest. Il prévoyait aussi que la

Address from the Houses of Parliament of Canada, the Crown could declare this territory part of Canada and the Parliament of Canada could make laws for its peace, order and good government.

(2) *The British North America Act of 1871* ratified the Manitoba Act passed by the Parliament of Canada in 1870, creating the province of Manitoba and giving it a provincial constitution similar to those of the other provinces. The British North America Act of 1871 also empowered the Parliament of Canada to establish new provinces out of any Canadian territory not then included in a province; to alter the boundaries of any province (with the consent of its legislature), and to provide for the administration, peace, order and good government of any territory not included in a province.

(3) *The Parliament of Canada Act of 1875* amended section 18 of the British North America Act, 1867, which set forth the privileges, immunities and powers of each of the Houses of Parliament.

(4) *The British North America Act of 1886* authorized the Parliament of Canada to provide for the representation in the Senate and the House of Commons of any territories not included in any province.

(5) *The Statute Law Revision Act, 1893* repealed some obsolete provisions of the British North America Act of 1867.

(6) *The Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, 1895* confirmed an Act of the Parliament of Canada which provided for the appointment of a Deputy-Speaker for the Senate.

(7) *The British North America Act, 1907* established a new scale of financial subsidies to the provinces in lieu of those set forth in section 118 of the British North America Act of 1867. While not expressly repealing the original section, it made its provisions obsolete.

(8) *The British North America Act, 1915* redefined the Senatorial Divisions of Canada to take into account the provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta. Although this statute did not expressly amend the text of the original section 22, it did alter its effect.

Couronne, sur présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, pourrait déclarer que le territoire ferait partie du Canada, et que le Parlement du Canada pourrait faire des lois pour y assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

(2) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871* ratifia l'Acte du Manitoba adopté par le Parlement du Canada en 1870, qui créait la province du Manitoba et lui donnait une constitution semblable à celles des autres provinces. De plus, l'Acte conférait au Parlement du Canada le pouvoir d'ériger de nouvelles provinces dans n'importe quel territoire canadien non compris alors dans une province, de modifier les limites de toute province (avec l'accord de sa Législature) et de pourvoir à l'administration, la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire non compris dans une province.

(3) *L'Acte du Parlement du Canada de 1875* modifia l'article 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, qui énonce les privilèges, immunités et pouvoirs de chacune des chambres du Parlement.

(4) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1886* autorisa le Parlement du Canada à pourvoir à la représentation au Sénat et à la Chambre des Communes de tout territoire non compris dans une province.

(5) *La Loi de 1893 sur la revision du droit statutaire* abrogea certaines dispositions périmées de l'Acte de 1867.

(6) *L'Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant) de 1895* confirma une loi du Parlement du Canada qui permet la nomination d'un orateur suppléant au Sénat.

(7) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1907* établit une nouvelle échelle de subventions financières aux provinces en remplacement de celles qui sont prévues à l'article 118 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867. Tout en n'abrogeant pas expressément l'article primitif, il en rendit les dispositions inopérantes.

(8) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1915* redéfinit les divisions sénatoriales du Canada pour tenir compte de l'existence des provinces du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta. Bien qu'il n'ait pas modifié expressément le texte de l'article 22 primitif, il en a sûrement changé la portée.

(9) *The British North America Act, 1916* provided for the extension of the life of the current Parliament of Canada beyond the normal period of five years.

(10) *The Statute Law Revision Act, 1927* repealed additional spent or obsolete provisions in the United Kingdom statutes, including two provisions of the British North America Acts.

(11) *The British North America Act, 1930* confirmed the natural resources agreements between the Government of Canada and the Governments of Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan, giving the agreements the force of law notwithstanding anything in the British North America Acts.

(12) *The Statute of Westminster, 1931* while not directly amending the British North America Acts, did alter some of their provisions. Thus, the Parliament of Canada was given the power to make laws having extraterritorial effect. Also, Parliament and the provincial legislatures were given the authority, within their powers under the British North America Acts, to repeal any United Kingdom statute that formed part of the law of Canada. This authority, however, expressly excluded the British North America Act itself.

(13) *The British North America Act, 1940* gave the Parliament of Canada the exclusive jurisdiction to make laws in relation to Unemployment Insurance.

(14) *The British North America Act, 1943* provided for the postponement of redistribution of the seats in the House of Commons until the first session of Parliament after the cessation of hostilities.

(15) *The British North America Act, 1946* replaced section 51 of the British North America Act, 1867, and altered the provisions for the readjustment of representation in the House of Commons.

(16) *The British North America Act, 1949* confirmed the Terms of Union between Canada and Newfoundland.

(17) *The British North America Act (No. 2), 1949* gave the Parliament of Canada authority to amend the Constitution of Canada with certain exceptions.

(9) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1916* prolongea la durée du Parlement du Canada alors en fonctions au delà de la période normale de cinq ans.

(10) *La Loi de 1927 sur la revision du droit statutaire* une fois encore abrogea des dispositions périmées ou désuètes des statuts du Royaume-Uni, y compris deux dispositions des Actes de l'Amérique du Nord britannique.

(11) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930* confirma les accords relatifs aux ressources naturelles intervenus entre le gouvernement du Canada et ceux du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan et leur donna force de loi, nonobstant toute disposition contraire des Actes de l'Amérique du Nord britannique.

(12) *Le Statut de Westminster de 1931*, tout en ne modifiant pas directement les Actes de l'Amérique du Nord britannique, changea certaines de leurs dispositions. C'est ainsi, par exemple, que le Parlement du Canada fut autorisé à faire des lois ayant une portée extra-territoriale. En outre, le Parlement et les législatures des provinces furent habilités, dans la limite des pouvoirs respectifs que leur confèrent les Actes de l'Amérique du Nord britannique, à abroger tout statut du Royaume-Uni faisant alors partie des lois du Canada à l'exception expresse, cependant, de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui-même.

(13) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1940* accorda au Parlement du Canada la compétence exclusive de légiférer en matière d'assurance-chômage.

(14) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1943* ajourna le rajustement de la représentation à la Chambre des Communes jusqu'à la première session du Parlement qui suivrait la fin des hostilités.

(15) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1946* remplaça l'article 51 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 et changea les dispositions relatives au rajustement de la représentation à la Chambre des Communes.

(16) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949* sanctionna les Conditions d'union entre le Canada et Terre-Neuve.

(17) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (nº 2) de 1949* habilita le Parlement du Canada à modifier la Constitution du Canada, à l'exception de certaines catégories de sujets.

(18) *The Statute Law Revision Act, 1950* repealed an obsolete section of the British North America Act, 1867.

(19) *The British North America Act, 1951* gave the Parliament of Canada concurrent jurisdiction with the provinces to make laws in relation to Old Age Pensions.

(20) *The British North America Act, 1960* amended section 99 and altered the tenure of office of superior court judges.

(21) *The British North America Act, 1964* amended the authority conferred upon the Parliament of Canada by the British North America Act, 1951, in relation to benefits supplementary to Old Age Pensions.

(22) *Amendment by Order in Council*

Section 146 of the British North America Act, 1867 provided for the admission of other British North American territories by Order in Council and stipulated that the provisions of any such Order in Council would have the same effect as if enacted by the Parliament of the United Kingdom. Under this section, Rupert's Land and the North-Western Territory were admitted by Order in Council on June 23rd, 1870; British Columbia by Order in Council on May 16th, 1871; Prince Edward Island by Order in Council on June 26th, 1873. Because all of these Orders in Council contained provisions of a constitutional character—adapting the provisions of the British North America Act to the new provinces, but with some modifications in each case—they may therefore be regarded as constitutional amendments.

In examining these amendments it must be borne in mind that all do not possess the same relevance or force for the purpose of this inquiry. Question 2 of the Manitoba and Newfoundland References and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference raise the issue of the propriety of non-consensual amendments which affect federal-provincial relationships and the powers, rights and privileges of the provinces. The questions do not limit consideration to those amendments which affected the distribution of legislative powers between the federal Parliament and the provincial legislatures. Since the distribution of powers is the very essence of a federal system, amendments affecting such distribution will be of especial concern to the provinces. Prece-

(18) *La Loi de 1950 sur la revision du droit statutaire* abrogea un article désuet de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867.

(19) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951* autorisa le Parlement du Canada à légiférer concurremment avec les provinces sur les pensions de vieillesse.

(20) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960* modifia l'article 99 et changea la durée des fonctions des juges des cours supérieures.

(21) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1964* modifia les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951 au sujet des pensions de vieillesse et des prestations additionnelles.

(22) *Modifications par arrêté en conseil*

L'article 146 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique prévoyait l'adjonction au Canada d'autres territoires de l'Amérique du Nord britannique par arrêté en conseil et stipulait que les dispositions de tels arrêtés auraient le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni. En vertu de cet article, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest furent admis par arrêté en conseil du 23 juin 1870; la Colombie-Britannique par arrêté en conseil du 16 mai 1871; et l'Île-du-Prince-Édouard par arrêté en conseil du 26 juin 1873. Comme tous ces arrêtés renferment des dispositions d'un caractère constitutionnel, ayant pour objet d'adapter les clauses de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique aux nouvelles provinces—avec les variations nécessaires dans chaque cas—ils doivent être considérés comme des modifications d'ordre constitutionnel.

Il faut se rappeler en examinant ces modifications qu'elles n'ont pas toutes la même pertinence ou le même poids dans le contexte de la présente affaire. La question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et l'aspect conventionnel de la question B du renvoi du Québec mettent en cause la convenance de modifications non consensuelles qui ont un effet sur les relations fédérales-provinciales et sur les pouvoirs, droits et privilèges des provinces. Les questions ne limitent pas l'examen aux modifications qui ont eu un effet sur la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Puisque la répartition des pouvoirs est l'essence même d'un régime fédéral, les modifications qui y touchent intéressent tout particulièrement les provinces. Les

dents found in such amendments will be entitled to serious consideration. It does not follow, however, that other amendments which affected federal-provincial relationships without altering the distribution of powers should be disregarded in this inquiry. Consideration must be given in according weight to the various amendments, to the reaction they provoked from the provinces. This is surely the real test of relevance in this discussion. On many occasions provinces considered that amendments not affecting the distribution of legislative power were sufficiently undesirable to call for strenuous opposition. The test of whether the convention exists, or has existed, is to be found by examining the results of such opposition. Professor William S. Livingston in *Federalism and Constitutional Change* (Oxford University Press, 1956), made this comment, at p. 62, when considering the 1943 amendment which did not affect the distribution of powers, and the 1940 amendment which did:

> The important difference between the two amendments lies, of course, in the fact that that of 1940 clearly and significantly altered the distribution of powers, a part of the constitution which, it has been argued, is especially deserving of the protection afforded by the principle of unanimous consent. But the facts themselves demonstrate that at least one of the provinces considered the alteration of 1943 sufficiently important to call for long and bitter protests at the disdainful attitude of the Dominion Government. If unanimity is for the protection of provinces, whether singly or collectively, it is reasonable to think that the provinces should be the ones to judge when it should be invoked. By the very operation of the principle, a province will not protest unless it considers the matter at hand worth protesting about.

The true test of the importance of the various amendments for our purpose is a consideration of the degree of provincial opposition they aroused, for whatever reason, the consideration that such opposition received, and the influence it had on the course of the amendment proceedings.

Prior to the amendment effected by the *B.N.A. Act* of 1930 there were at least three amendments, those of 1886, 1907 and 1915, which substantially affected the provinces and which were procured without the consent of all the provinces. The

précédents tirés de ces modifications doivent recevoir une attention particulière. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'il faille, dans cette affaire, ne pas tenir compte des autres modifications qui ont eu un effet sur les relations fédérales-provinciales sans toutefois changer la répartition des pouvoirs. En soupesant les différentes modifications, il faut considérer quelle a été la réaction des provinces. C'est certainement le véritable critère de pertinence dans cette discussion. A maintes reprises, des provinces ont considéré que des modifications sans effet sur la répartition du pouvoir législatif étaient suffisamment indésirables pour entraîner une vive opposition. Le critère de l'existence actuelle ou passée de la convention ressort de l'examen des résultats de cette opposition. Voici en quels termes le professeur William S. Livingston a commenté, dans *Federalism and Constitutional Change*, (Oxford University Press, 1956) à la p. 62, la modification de 1943 qui n'avait aucun effet sur la répartition des pouvoirs et celle de 1940 qui en avait:

> [TRADUCTION] La différence importante entre les deux modifications découle bien sûr du fait que celle de 1940 change nettement et de façon appréciable la répartition des pouvoirs, une partie de la Constitution qui, a-t-on fait valoir, mérite spécialement la protection accordée par le principe du consentement unanime. Mais les faits eux-mêmes démontrent qu'au moins une des provinces a considéré la modification de 1943 comme suffisamment importante pour entraîner de longues et amères protestations devant l'attitude dédaigneuse du gouvernement du Dominion. Si l'unanimité sert à protéger les provinces, seules ou collectivement, il est raisonnable de penser que les provinces devraient être celles qui décident quand l'invoquer. Par le fonctionnement même du principe, une province ne protestera pas à moins qu'elle considère que l'affaire en cause en vaut la peine.

Le véritable critère de pertinence des différentes modifications à nos fins est un examen du degré d'opposition provinciale qu'elles ont entraîné, quelle qu'en soit la raison, de la considération reçue par cette opposition et de son influence sur le cours des procédures de modification.

Avant la modification effectuée par l'*A.A.N.B.* en 1930, on trouve au moins trois modifications, celles de 1886, 1907 et 1915 qui ont eu un effet appréciable sur les provinces et qui ont été adoptées sans le consentement de toutes les provinces.

amendment of 1886 gave power to Parliament to provide for parliamentary representation in the Senate and House of Commons for territories not forming part of any province, and therefore altered the provincial balance of representation. That of 1907 changed the basis of federal subsidies payable to the provinces and thus directly affected the provincial interests. That of 1915 redefined territorial divisions for senatorial representation, and therefore had a potential for altering the provincial balance. Those of 1886 and 1915 were passed without provincial consultation or consent, and that of 1907 had the consent of all provinces save British Columbia, which actively opposed its passage both in Canada and in the United Kingdom. The amendment was passed with minor changes. These precedents, it may be said, should by themselves have only a modest influence in the consideration of the question before the Court. It is clear, however, that no support whatever for the convention may be found on an examination of the amendments made up to 1930. None had full provincial approval.

The *B.N.A. Act* of 1930 provided for the transfer of natural resources within the provincial territories to the Provinces of Manitoba, Saskatchewan and Alberta. It also provided for the re-conveyance of certain railway lands to British Columbia. In effecting this amendment the consent of the provinces directly concerned, *i.e.* the four western provinces only, was obtained, although the arrangement had received the general approval of the other provinces as expressed at a conference in 1927. This is a precedent of modest weight, but it is worthy of note that despite the fact that the interests of all non-involved provinces were affected by the alienation of the assets formerly under federal control, it was not considered necessary to procure any formal consent from them. It is of more than passing interest to note that in the amending procedure provided for in the 1930 *British North America Act* amendment there is no requirement for consent or participation by any of the other five provinces (as they then were) although their indirect interest in federal resources might be affected.

La modification de 1886 autorisait le Parlement à pourvoir à la représentation parlementaire au Sénat et à la Chambre des communes des territoires non compris dans une province et changeait ainsi l'équilibre de la représentation des provinces. Celle de 1907 modifiait le fondement des subventions fédérales payables aux provinces et a donc eu un effet direct sur les intérêts des provinces. Celle de 1915, qui redéfinissait les divisions territoriales de la représentation sénatoriale, constituait donc une modification potentielle de l'équilibre provincial. Celles de 1886 et de 1915 ont été adoptées sans consultation ni consentement provinciaux et celle de 1907 a reçu le consentement de toutes les provinces sauf la Colombie-Britannique qui s'est activement opposée à son adoption tant au Canada qu'au Royaume-Uni. La modification fut adoptée avec des changements mineurs. A vrai dire, ces précédents n'ont en eux-mêmes qu'une influence modeste sur l'examen de la question soumise à la Cour. Il est clair toutefois qu'un examen des modifications faites jusqu'en 1930 n'appuie aucunement l'existence de la convention. Aucune n'a reçu l'entière approbation provinciale.

L'*A.A.N.B.* de 1930 prévoit le transfert des ressources naturelles situées dans les territoires provinciaux aux provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta. Il prévoit aussi le nouveau transfert de biens-fonds ferroviaires à la Colombie-Britannique. Seules consentirent à cette modification les provinces directement en cause, c'est-à-dire les quatre provinces de l'Ouest, quoique l'entente eût reçu l'approbation générale des autres provinces comme il appert d'une conférence de 1927. Ceci est un précédent d'un poids modeste, mais il vaut la peine de noter que bien que les intérêts de toutes les provinces non impliquées fussent touchés par l'aliénation de ressources relevant antérieurement du fédéral, on n'a pas considéré nécessaire d'obtenir leur consentement en bonne et due forme. Il est plus que d'un intérêt anecdotique de noter que dans la procédure de modification prévue dans l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930* on ne trouve aucune obligation d'obtenir le consentement ni la participation des cinq autres provinces (qui existaient alors) bien que leur intérêt indirect dans des ressources fédérales ait pu être touché.

The amendments of 1943, 1946, 1949, 1949(2), 1950 and 1960 were not considered of great significance on this issue by the parties and little comment was made upon them but all, save that of 1960, were achieved without full provincial consent. This, subject to what is later said concerning the 1943 amendment, leaves for consideration the *Statute of Westminster, 1931* and the amendments of 1940, 1951 and 1964. The *Statute of Westminster, 1931* and the amendments of 1940, 1951 and 1964 affected the provinces directly. Canadian participation in the settlement of the provisions of the Statute and the said amendments had the consent of all provinces. These examples were heavily relied upon by the objecting provinces to support an affirmative answer to Question 2 of the Manitoba and Newfoundland References and the negative answer to the conventional part of Question B of the Quebec Reference. As to the *Statute of Westminster, 1931*, it freed federal and provincial legislation from the restrictions imposed by the *Colonial Laws Validity Act* of 1865 and gave statutory recognition to certain conventions which had grown up with the development of self-government in the former colonies. The pre-existing division of legislative power between federal and provincial legislatures in Canada was not, however, in any way affected and it did not recognize or give statutory form to any convention requiring provincial consent to the amendment of the *B.N.A. Act*. In fact, it specifically excepted the question of *B.N.A. Act* amendments from its purview in s. 7(1).

The amendment of 1940 transferring legislative power over unemployment insurance to the federal Parliament also had full provincial consent. It must be observed here, however, that when questioned in the House of Commons on this point Mr. Mackenzie King, then Prime Minister, while acknowledging that consents had been obtained, specifically stated that this course had been followed to avoid any constitutional issue on this point and he disclaimed any necessity for such consent. The following interchange is recorded in the House of Commons Debates, 1940, pp. 1117 and 1122:

Les parties n'ont pas considéré que les modifications de 1943, 1946, 1949, 1949(2), 1950 et 1960 étaient très pertinentes en l'espèce et elles ont fait peu de commentaires à leur égard, mais toutes ces modifications, excepté celle de 1960, ont été adoptées sans l'entier consentement des provinces. Sous réserve de ce qu'on ajoutera ultérieurement à propos de la modification de 1943, il reste donc à considérer le *Statut de Westminster, 1931* et les modifications de 1940, 1951 et 1964. Le *Statut de Westminster, 1931* et les modifications de 1940, 1951 et 1964 ont eu un effet direct sur les provinces. La participation canadienne à la formulation des dispositions du Statut et lesdites modifications ont reçu le consentement de toutes les provinces. Les provinces opposées au projet se sont lourdement appuyées sur ces cas pour justifier une réponse affirmative à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et négative à l'aspect conventionnel de la question B du renvoi du Québec. Quant au *Statut de Westminster, 1931*, il a libéré les lois fédérales et provinciales des restrictions imposées par la *Loi relative à la validité des lois des colonies* de 1865 et a donné une forme législative à des conventions qui s'étaient développées avec l'évolution des anciennes colonies vers l'autonomie. La répartition pré-existante du pouvoir législatif entre les législatures provinciales et fédérales au Canada n'y était toutefois aucunement touchée et il n'a ni reconnu ni donné de forme législative à des conventions exigeant le consentement des provinces aux modifications de l'*A.A.N.B.* En fait, par le par. 7(1), la question des modifications de l'*A.A.N.B.* est spécifiquement exclue de son champ d'application.

La modification de 1940, qui transfère le pouvoir législatif sur l'assurance-chômage au Parlement fédéral, a également reçu un consentement provincial total. Il convient de souligner ici toutefois que lorsqu'on a interrogé M. Mackenzie King, alors premier ministre, en Chambre des communes sur cette question, il a reconnu que les consentements avaient été obtenus, mais il a précisé qu'on avait choisi ce moyen pour éviter des problèmes constitutionnels sur ce point et a nié la nécessité de pareil consentement. On trouve la discussion suivante consignée dans les débats de la Chambre des communes, 1940, aux pp. 1153 et 1157:

Mr. MACKENZIE KING: ... We have avoided anything in the nature of coercion of any of the provinces. Moreover we have avoided the raising of a very critical constitutional question, namely, whether or not in amending the British North America Act it is absolutely necessary to secure the consent of all the provinces, or whether the consent of a certain number of provinces would of itself be sufficient. That question may come up but not in reference to unemployment insurance at some time later on.

. . .

Mr. J. T. THORSON (Selkirk): I shall be only a few moments in my advocacy of this resolution. Unemployment insurance is a very important part of the programme of national reform upon which this country must embark. I wish, however, to dispute the contention that it is necessary to obtain the consent of the provinces before an application is made to amend the British North America Act. In my opinion there is no such necessity. On the other hand, it is the course of wisdom to advance as advances may be properly made, and I am sure that every hon. member is very glad that all the provinces of Canada have agreed to this measure. But I would not wish this debate to conclude with an acceptance, either direct or implied, of the doctrine that it is necessary to obtain the consent of the provinces before an application is made to amend the British North America Act. Fortunately, this is an academic question at this time.

Mr. LAPOINTE (Quebec East): May I tell my hon. friend that neither the Prime Minister nor I have said it is necessary, but it may be desirable.

Mr. THORSON: The Prime Minister (Mr. Mackenzie King) has made it perfectly clear that the question does not enter into this discussion, in view of the fact that all the provinces have signified their willingness that this amendment should be requested.

It appears from the foregoing that the then Prime Minister recognized the existence of a question on this point. It cannot be said, however, that his words support the view that he considered that there was any convention requiring provincial consent in existence. It is clear, we suggest, that he procured the consent of the provinces on that occasion in order to avoid raising any question on the subject and as a measure of good politics rather than as a constitutional requirement. It is surely obvious that the federal government would

Le très hon. M. MACKENZIE KING: ... Nous avons évité tout ce qui aurait pu passer pour une pression sur les provinces et nous avons évité, en outre, une question d'ordre constitutionnel très grave, celle de savoir si, en modifiant l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, il est nécessaire d'obtenir l'assentiment de toutes les provinces, ou si le consentement d'un certain nombre d'entre elles aurait pu suffire. Cette question pourra se présenter plus tard, ...

. . .

M. J. T. THORSON (Selkirk): Quelques observations seulement à l'appui de ce projet de résolution. Ce projet d'assurance-chômage est une phase très importante du programme de réforme nationale qu'il faut absolument inaugurer dans ce pays. Je tiens, cependant à opposer mon opinion à ceux qui soutiennent que nous ne pouvons demander la permission de modifier l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, sans avoir obtenu, au préalable, le consentement des provinces. J'estime que cela n'est pas nécessaire. D'autre part, il serait sage de procéder avec circonspection. Tous les honorables députés sont certainement très heureux que toutes les provinces aient consenti à cette mesure. Je ne désire cependant pas que nous terminions ce débat en reconnaissant directement ou indirectement qu'en principe il nous faut obtenir le consentement des provinces avant de demander la modification de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord. Heureusement pour nous, il ne s'agit en ce moment que d'un débat académique.

Le très hon. M. LAPOINTE: Je puis dire à mon honorable ami que ni le premier ministre ni moi n'avons dit que cela est nécessaire; nous avons dit que cela est désirable.

M. THORSON: Le premier ministre (M. Mackenzie King) a déclaré bien clairement que nous ne débattons pas ici cette question, attendu que toutes les provinces ont manifesté leur consentement à la demande de cet amendement.

Il ressort de ce qui précède que le premier ministre d'alors a reconnu l'existence d'une difficulté à cet égard. On ne peut dire toutefois que ses propos appuient l'opinion que, selon lui, il existait une convention exigeant le consentement des provinces. Il est clair, nous semble-t-il, qu'il a obtenu le consentement des provinces à cette occasion pour éviter de réveiller le débat sur le sujet; c'était une question de bonne politique plutôt qu'une exigence constitutionnelle. Il est bien certain que le gouvernement fédéral préférerait toujours, d'un point de

always prefer to have, as a political matter, provincial approval, but the position of the federal authorities as expressed in the foregoing parliamentary exchange does not support the proposition that they considered that they were bound by any convention.

We are aware, of course, that other declarations have been made upon this subject by persons of high political rank as well as academics of high standing. Many such pronouncements were cited in argument before us. We do not propose to deal with them in detail. It is sufficient to say that many favour the existence of the convention; many deny its existence. Some of the authors of such statements have contradicted themselves on the point at different times in their careers. The debate on this question has been active and long drawn out but, in our view, has never been resolved in favour of the existence of the convention. The continuation of controversy on the subject among political and academic figures only adds additional weight to the contention that no convention of provincial consent has achieved constitutional recognition to this day.

The amendment of 1951 had full approval from the provinces, as did that of 1964. The 1951 amendment gave power relating to old age pensions to the federal Parliament and the 1964 amendment was merely a supplementary tidying-up of the original 1951 provisions. In our view, they dealt with the same matter and can stand as only one precedent favouring the existence of the convention.

After examining the amendments made since Confederation, and after observing that out of the twenty-two amendments listed above only in the case of four was unanimous provincial consent sought or obtained and, even after according special weight to those amendments relied on by the provinces, we cannot agree that history justifies a conclusion that the convention contended for by the provinces has emerged.

Great weight was put upon the 1940 *Unemployment Insurance Act* amendment as a precedent favouring the existence of the convention. Despite the obtaining of provincial consent for the 1940

vue politique, obtenir l'approbation des provinces, mais la position des autorités fédérales qui ressort de la discussion précitée entre parlementaires n'appuie pas la proposition qu'elles se considéraient comme liées par une convention.

Nous sommes bien sûr conscients que d'autres déclarations ont été faites à ce sujet par des personnalités politiques haut placées de même que par des universitaires connus. Les plaidoiries en ont fait valoir plusieurs. Nous n'avons pas l'intention d'en traiter en détail. Il suffit de dire qu'on en trouve beaucoup en faveur de l'existence de la convention et beaucoup qui la nient. Certains des auteurs de ces déclarations se sont contredits sur ce point à différentes étapes de leur carrière. Le débat sur cette question reste entier et dure depuis longtemps mais, à notre avis, il n'a jamais été résolu en faveur de l'existence de la convention. La controverse permanente sur le sujet entre politiciens et universitaires ajoute seulement du poids à l'argument qu'aucune convention relative au consentement des provinces n'a obtenu de reconnaissance constitutionnelle jusqu'à ce jour.

La modification de 1951 a obtenu l'entière approbation des provinces comme celle de 1964. La modification de 1951 donne au Parlement fédéral le pouvoir sur les pensions de vieillesse et celle de 1964 n'est qu'une clarification des dispositions originales de 1951. A notre avis, elles ont le même objet et ne constituent qu'un seul précédent en faveur de l'existence de la convention.

Après un examen des modifications faites depuis la Confédération et après avoir remarqué que sur vingt-deux modifications énumérées ci-dessus, il n'y a que quatre cas où l'on ait cherché ou obtenu le consentement unanime des provinces, et même après avoir accordé un poids spécial aux modifications invoquées par les provinces, nous ne pouvons convenir que l'histoire justifie de conclure que la convention qu'elles revendiquent s'est concrétisée.

On a accordé un grand poids à la modification de 1940 relative à la *Loi sur l'assurance-chômage* en tant que précédent favorable à l'existence de la convention. Malgré l'obtention du consentement

amendment, the federal government proceeded three years later to the completion of the amendment of 1943 without provincial consent and in the face of the strong protests of the Province of Quebec. This amendment did not touch provincial powers. It dealt with the postponement of redistribution of seats in the House of Commons. Nevertheless, it was deemed of sufficient importance by Quebec because its interest was particularly affected to arouse active opposition which was overborne by the federal government in procuring the amendment. Livingston, in discussing this amendment in his text, referred to above, said, at pp. 61-62:

But though the treatment of the 1940 Act came dangerously near acceptance of the principle of unanimous consent, the procedure followed in 1943 destroyed all hope that the question had been settled. The 1943 amendment was for the purpose of postponing the redistribution of seats in the House of Commons until after the war. The redistribution was prescribed by the constitution (Sec. 51) and it therefore required an Act of the British Parliament to postpone it. Quebec, whose population had increased more than that of other provinces, was to benefit considerably from the reassignment of seats and was loath to postpone it. But the inconvenience and injustice of reorganizing the basis of representation in wartime impelled the Government to push its proposal through the House. It was introduced and defended by Mr. St. Laurent, then Minister of Justice, and was supported by both Opposition parties; the issue in the House was never in serious doubt. There was no effort on the part of the Dominion Government to consult the provinces, and this action evoked no protest except on the part of Quebec. This province, however, objected strongly to the Government's treatment of the matter and protests were voiced both at Quebec and at Ottawa. The provincial legislature passed a resolution of protest which the Government was requested to transmit to the British Government. Mackenzie King refused, however, replying that the matter concerned only the Dominion Parliament and not the provincial legislatures; that the compact theory was indefensible both in theory and in law; and that the British could not take cognizance of such a communication, since it was bound by the address of the Dominion Parliament. In the House bitter complaints were heard that the Government was simply ignoring the official protest of the Quebec legislature and that such high-handedness abused the constitution and violated the rights of the provinces. But the Government, secure in the support of the Opposition, pressed

des provinces à la modification de 1940, le gouvernement fédéral a procédé trois ans plus tard à la modification de 1943 sans leur consentement et malgré les vives protestations de la province de Québec. Cette modification ne touchait pas aux pouvoirs provinciaux. Elle avait trait au report du rajustement de la représentation à la Chambre des communes. Néanmoins, le Québec l'a considérée d'importance suffisante, parce que ses intérêts étaient particulièrement touchés, pour susciter une opposition active que le gouvernement fédéral a ignorée en obtenant la modification. En discutant de cette modification dans son ouvrage déjà mentionné, Livingston dit aux pp. 61 et 62:

[TRADUCTION] Mais bien que le traitement de la Loi de 1940 ait dangereusement frôlé l'acceptation du principe du consentement unanime, la procédure suivie en 1943 a détruit tout espoir que la question ait été réglée. La modification de 1943 avait pour but de retarder le rajustement des sièges de la Chambre des communes jusqu'après la guerre. La constitution (art. 51) prescrivait le rajustement et exigeait donc une loi du Parlement britannique pour le retarder. Le Québec dont la population avait augmenté beaucoup plus que celle des autres provinces, devait considérablement profiter du rajustement des sièges et n'était pas du tout disposé à le retarder. Mais la difficulté et l'injustice de réorganiser la base de représentation pendant les hostilités poussa le gouvernement à faire voter son projet par la Chambre. M. St-Laurent, alors ministre de la Justice, introduisit et défendit le projet qui avait l'appui des deux partis d'opposition; l'issue à la Chambre ne fut jamais sérieusement douteuse. Le gouvernement du Dominion n'avait aucunement tenté de consulter les provinces et cette action n'a entraîné aucune protestation sauf celle du Québec. Cette province s'est toutefois vigoureusement opposée à la façon dont le gouvernement a traité la question et a protesté tant à Québec qu'à Ottawa. La législature provinciale adopta une résolution de protestation qu'elle demanda au gouvernement de transmettre au gouvernement britannique. Mackenzie King refusa cependant en répondant que l'affaire ne concernait que le Parlement du Dominion et non les législatures provinciales; que la théorie du pacte était indéfendable tant en théorie qu'en droit; et que les Britanniques ne pouvaient en prendre connaissance puisqu'ils étaient liés par l'adresse du Parlement du Dominion. Des plaintes amères se firent entendre à la Chambre portant que le gouvernement dédaignait tout simplement la protestation officielle de la législature du Québec et que pareille autoritarisme portait atteinte à la Constitution et violait

the matter to a vote without even replying to these protestations.

In summary, we observe that in the one hundred and fourteen years since Confederation Canada has grown from a group of four somewhat hesitant colonies into a modern, independent state, vastly increased in size, power and wealth, and having a social and governmental structure unimagined in 1867. It cannot be denied that vast change has occurred in Dominion-provincial relations over that period. Many factors have influenced this process and the amendments to the *B.N.A. Act*—all the amendments—have played a significant part and all must receive consideration in resolving this question. Only in four cases has full provincial consent been obtained and in many cases the federal government has proceeded with amendments in the face of active provincial opposition. In our view, it is unrealistic in the extreme to say that the convention has emerged.

As a further support for the convention argument, the White Paper referred to above was cited and relied upon. It was asserted that the statement of principles set out, at p. 15, being an authoritative government pronouncement, was decisive on the point. The summary of principles is set out hereunder:

The first general principle that emerges in the foregoing resumé is that although an enactment by the United Kingdom is necessary to amend the British North America Act, such action is taken only upon formal request from Canada. No Act of the United Kingdom Parliament affecting Canada is therefore passed unless it is requested and consented to by Canada. Conversely, every amendment requested by Canada in the past has been enacted.

The second general principle is that the sanction of Parliament is required for a request to the British Parliament for an amendment to the British North America Act. This principle was established early in the history of Canada's constitutional amendments, and has not been violated since 1895. The procedure invariably

les droits des provinces. Mais le gouvernement, assuré de l'appui de l'opposition, mit l'affaire au vote sans même répondre à ces protestations.

En bref, nous remarquons qu'au cours des cent quatorze années écoulées depuis la Confédération, le Canada est passé d'un groupe de quatre colonies un peu chancelantes à un Etat moderne et indépendant, dont la taille, la puissance et la richesse ont grandement augmenté et dont les structures sociales et gouvernementales étaient inconcevables en 1867. Il est indéniable que les relations Dominion-provinces ont profondément changé pendant cette période. Bien des facteurs ont influencé ce processus et les modifications de l'*A.A.N.B.*, toutes les modifications, ont joué un rôle important et elles doivent toutes entrer en ligne de compte dans la solution de cette question. Dans quatre cas seulement, l'entier consentement des provinces a été obtenu et, dans plusieurs autres, le gouvernement fédéral a procédé aux modifications malgré une opposition provinciale active. A notre avis, il est extrêmement irréaliste de dire que la convention s'est concrétisée.

Toujours à l'appui de l'argument conventionnel, on a cité le Livre blanc susmentionné. On a affirmé que la déclaration de principe énoncée à la p. 15 qui constitue une prise de position gouvernementale faisant autorité, est décisive sur ce point. Voici le résumé des principes:

Les principes généraux suivants se dégagent du résumé qui précède:

Premièrement, bien qu'une loi du Royaume-Uni soit nécessaire pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, une telle loi n'est promulguée que sur la demande officielle du Canada. Le Parlement du Royaume-Uni n'adopte aucune loi touchant le Canada à moins qu'elle ne soit demandée et acceptée par le Canada; inversement, toute modification que le Canada a demandée dans le passé a été adoptée.

Deuxièmement, le Parlement du Canada doit autoriser toute demande au Parlement britannique de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Ce principe a été établi dès le début et l'on ne s'en est pas écarté depuis 1895. Une demande de modification prend invariablement la forme d'une adresse conjointe de la Cham-

is to seek amendments by a joint Address of the Canadian House of Commons and Senate to the Crown.

The third general principle is that no amendment to Canada's Constitution will be made by the British Parliament merely upon the request of a Canadian province. A number of attempts to secure such amendments have been made, but none has been successful. The first such attempt was made as early as 1868, by a province which was at that time dissatisfied with the terms of Confederation. This was followed by other attempts in 1869, 1874 and 1887. The British Government refused in all cases to act on provincial government representations on the grounds that it should not intervene in the affairs of Canada except at the request of the federal government representing all of Canada.

The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

It is the fourth principle which is stressed by the objecting provinces. In our view, they have attributed too much significance to this statement of the four principles. The author of the White Paper was at pains to say, at p. 11:

> Certain rules and principles relating to amending procedures have nevertheless developed over the years. They have emerged from the practices and procedures employed in securing various amendments to the British North America Act since 1867. *Though not constitutionally binding in any strict sense*, they have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada. [Emphasis added.]

It would not appear that he was satisfied that the principles had become so well-established that they had acquired strict constitutional force. Furthermore, we are unable to accord to the fourth principle the significance given to it by the objecting provinces. The first sentence pronounces strongly in favour of the existence of the convention. If it stopped there, subject to what the author had said earlier, it would constitute a statement of great weight. However, the third sentence contradicts

bre des Communes et du Sénat du Canada à Sa Majesté.

Troisièmement, le Parlement britannique ne peut procéder à une modification de la Constitution du Canada à la seule demande d'une province canadienne. Certaines tentatives ont été faites par des provinces dans ce sens, mais sans succès. La première, qui remonte à 1868, émanait d'une province qui n'était pas satisfaite à l'époque des conditions de la Confédération. D'autres ont suivi en 1869, 1874 et 1887. Le gouvernement britannique a chaque fois refusé de donner suite aux instances des gouvernements provinciaux, soutenant qu'il ne devait pas intervenir dans les affaires du Canada, sauf s'il en était requis par le gouvernement fédéral agissant au nom de tout le Canada.

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Les provinces opposées au projet invoquent essentiellement le quatrième principe. A notre avis, elles attribuent trop de poids à l'énoncé des quatre principes. L'auteur du Livre blanc avait pris le soin de dire à la p. 11:

> Néanmoins, un certain nombre de règles et de principes, inspirés des méthodes et des moyens grâce auxquels diverses modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ont pu être obtenues depuis 1867, se sont dégagés au cours des années. *Bien que n'ayant strictement aucun caractère obligatoire sur le plan constitutionnel*, ils ont fini par être reconnus et acceptés dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada. [Les italiques sont de nous.]

Il ne semble pas avoir été convaincu que les principes étaient devenus si bien établis qu'ils avaient acquis une force constitutionnelle rigoureuse. En outre, nous ne pouvons accorder au quatrième principe l'importance que lui donnent les provinces opposées au projet. La première phrase se prononce vigoureusement en faveur de l'existence de la convention. Si on en restait là, sous réserve de ce que l'auteur dit avant, cela constituerait une déclaration d'un grand poids. Toutefois, la troisième

the first and, in fact, cancels it out. By suggesting the possibility of a requirement of partial provincial consent it answers Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference against the provinces. "Increasing recognition", that is 'partial' but not 'complete' recognition, is all that is claimed by the author of the White Paper. A convention requires universal recognition by the actors in a scheme and this is certainly so where, as here, acceptance of a convention involves the surrender of a power by a sovereign body said to be a party to the convention. Furthermore, in recognizing uncertainty in specifying the degree of provincial participation, it denies the existence of any convention including that suggested by the Province of Saskatchewan. If there is difficulty in defining the degree of provincial participation, which there surely is, it cannot be said that any convention on the subject has been settled and recognized as a constitutional condition for the making of an amendment. It is the very difficulty of fixing the degree of provincial participation which, while it remains unresolved, prevents the formation or recognition of any convention. It robs any supposed convention of that degree of definition which is necessary to allow for its operation, for its binding effect upon the persons deemed to be bound, and it renders difficult if not impossible any clear discernment of a breach of the convention. In our view, then the fourth principle enunciated in the White Paper does not advance the provincial argument.

It was also argued that Canada was formed as a federal union and that the existence of a legal power of the central government to unilaterally change the Constitution was inimical to the concept of federalism. The convention then, it was argued, arose out of the necessity to restrain such unilateral conduct and preserve the federal nature of Canada. In this connection, it must be acknowledged at once that, in a federal union, the powers and rights of each of the two levels of government must be protected from the assault of the other. The whole history of constitutional law and constitutional litigation in Canada since Confederation has been concerned with this vital question. We are asked to say whether the need for the preserva-

phrase contredit la première et en fait l'annule. En suggérant qu'on puisse exiger le consentement partiel des provinces, le quatrième principe répond à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec à l'encontre des provinces. L'auteur du Livre blanc fait seulement valoir que le principe «a été de plus en plus affirmé», c'est-à-dire «partiellement» et non «complètement». Une convention exige la reconnaissance universelle des acteurs en cause et il en est certainement ainsi lorsque, comme en l'espèce, l'acceptation d'une convention implique qu'un corps souverain qui y serait partie renonce à un pouvoir. En outre en reconnaissant l'incertitude de la définition de l'étendue de la participation provinciale, il nie l'existence d'une convention, y compris celle que suggère la province de la Saskatchewan. S'il est difficile de définir l'étendue de la participation provinciale, ce qui est certainement le cas, on ne peut dire qu'une convention à cet égard soit établie et reconnue en tant que condition constitutionnelle de l'adoption d'une modification. C'est la difficulté même de fixer l'étendue de la participation provinciale qui, tant qu'elle n'est pas résolue, empêche la formation ou la reconnaissance d'une convention. Elle prive une supposée convention de ce degré de définition nécessaire à son fonctionnement, à son effet obligatoire sur ceux qu'elle est censée lier et elle rend difficile sinon impossible d'en discerner clairement la violation. A notre avis, le quatrième principe énoncé dans le Livre blanc ne favorise pas la prétention provinciale.

On a aussi fait valoir que le Canada a été constitué comme une union fédérale et que l'existence d'un pouvoir juridique du gouvernement central de changer unilatéralement la Constitution est incompatible avec le concept du fédéralisme. Ainsi la convention, fait-on valoir, découle de la nécessité d'empêcher cet acte unilatéral et de préserver la nature fédérale du Canada. A cet égard, on doit manifestement reconnaître que, dans une union fédérale, les pouvoirs et droits de chacun des deux ordres de gouvernement doivent être protégés des attaques de l'autre. Toute l'histoire du droit constitutionnel et des litiges constitutionnels au Canada depuis la Confédération porte sur cette question vitale. On nous demande de dire si le besoin de

tion of the principles of Canadian federalism dictates the necessity for a convention, requiring consent from the provinces as a condition of the exercise by the federal government of its legal powers, to procure amendment to the Canadian Constitution. If the convention requires only partial consent, as is contended by Saskatchewan, it is difficult to see how the federal concept is thereby protected for, while those provinces favouring amendment would be pleased, those refusing consent could claim coercion. If unanimous consent is required (as contended by the other objecting provinces), while it may be said that in general terms the concept of federalism would be protected it would only be by overlooking the special nature of Canadian federalism that this protection would be achieved. The *B.N.A. Act* has not created a perfect or ideal federal state. Its provisions have accorded a measure of paramountcy to the federal Parliament. Certainly this has been done in a more marked degree in Canada than in many other federal states. For example, one need only look to the power of reservation and disallowance of provincial enactments; the power to declare works in a province to be for the benefit of all Canada and to place them under federal regulatory control; the wide powers to legislate generally for the peace, order and good government of Canada as a whole; the power to enact the criminal law of the entire country; the power to create and admit provinces out of existing territories and, as well, the paramountcy accorded federal legislation. It is this special nature of Canadian federalism which deprives the federalism argument described above of its force. This is particularly true when it involves the final settlement of Canadian constitutional affairs with an external government, the federal authority being the sole conduit for communication between Canada and the Sovereign and Canada alone having the power to deal in external matters. We therefore reject the argument that the preservation of the principles of Canadian federalism requires the recognition of the convention asserted before us.

While it may not be necessary to do so in dealing with Question 2, we feel obliged to make a

préserver les principes du fédéralisme canadien impose une convention qui exige le consentement des provinces pour que le gouvernement fédéral puisse, par l'exercice de ses pouvoirs, obtenir une modification de la constitution canadienne. Si la convention exige seulement un consentement partiel comme le prétend la Saskatchewan, il est difficile de voir comment le concept fédéral est alors protégé car si cela satisfaisait les provinces favorables à la modification, celles qui refusent leur consentement pourraient crier à la coercition. Si le consentement unanime est exigé (comme le prétendent les autres provinces opposées au projet) même si l'on peut dire que globalement le concept du fédéralisme serait ainsi protégé, cette protection ne serait atteinte qu'au prix de la méconnaissance de la nature particulière du fédéralisme canadien. L'*A.A.N.B.* n'a pas créé un Etat fédéral idéal ou parfait. Ses dispositions accordent un certain degré de primauté au Parlement fédéral. Il est indubitable que cela est plus notable au Canada que dans beaucoup d'autres Etats fédéraux. Par exemple, il suffit à cet égard de penser au pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales, au pouvoir de déclarer des ouvrages publics dans une province à l'avantage général du Canada pour les placer sous le contrôle réglementaire fédéral, aux vastes pouvoirs de légiférer généralement pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada dans son ensemble, au pouvoir de légiférer en matière criminelle pour tout le pays et à celui de créer des provinces à partir des territoires existants et de les admettre dans la Confédération, de même qu'à la primauté accordée aux lois fédérales. C'est la nature particulière du fédéralisme canadien qui prive de sa force l'argument du fédéralisme décrit ci-dessus. C'est d'autant plus vrai quand il implique le règlement final des affaires constitutionnelles canadiennes avec un gouvernement étranger, puisque l'autorité fédérale est le seul véhicule entre le Canada et le Souverain et que le Canada seul a le pouvoir requis en matière d'affaires extérieures. Nous rejetons donc l'argument que la préservation des principes du fédéralisme canadien requiert la reconnaissance de la convention plaidée devant nous.

Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de le faire à propos de la question 2, nous nous sentons obligés

further comment related to the federalism argument. It was argued that the federal authorities were assuming a power to act without restraint in disregard of provincial wishes which could go so far as to convert Canada into a unitary state by means of a majority vote in the Houses of Parliament. A few words will suffice to lay that argument at rest. What is before the Court is the task of answering the questions posed in three References. As has been pointed out, the Court can do no more than that. The questions all deal with the constitutional validity of precise proposals for constitutional amendment and they form the complete subject-matter of the Court's inquiry and our comments must be made with reference to them. It is not for the Court to express views on the wisdom or lack of wisdom of these proposals. We are concerned solely with their constitutionality. In view of the fact that the unitary argument has been raised, however, it should be noted, in our view, that the federal constitutional proposals, which preserve a federal state without disturbing the distribution or balance of power, would create an amending formula which would enshrine provincial rights on the question of amendments on a secure, legal and constitutional footing, and would extinguish, as well, any presently existing power on the part of the federal Parliament to act unilaterally in constitutional matters. In so doing, it may be said that the parliamentary resolution here under examination does not, save for the enactment of the *Charter of Rights*, which circumscribes the legislative powers of both the federal and provincial legislatures, truly amend the Canadian Constitution. Its effect is to complete the formation of an incomplete constitution by supplying its present deficiency, *i.e.* an amending formula, which will enable the Constitution to be amended in Canada as befits a sovereign state. We are not here faced with an action which in any way has the effect of transforming this federal union into a unitary state. The *in terrorem* argument raising the spectre of a unitary state has no validity.

For the above reasons we answer the questions posed in the three References as follows:

Manitoba and Newfoundland References:

Question 2: No.

de faire un commentaire additionnel relatif à l'argument du fédéralisme. On a fait valoir que les autorités fédérales se prévalaient d'un pouvoir d'agir sans restriction au mépris des souhaits provinciaux, ce qui pouvait aller jusqu'à transformer le Canada en un Etat unitaire au moyen d'un vote majoritaire des chambres du Parlement. On peut régler cet argument en quelques mots. Ce que la Cour doit faire, c'est répondre aux questions posées dans les trois renvois. Comme on l'a déjà dit, la Cour ne peut rien faire de plus. Les questions visent toutes la constitutionnalité de projets précis de modification constitutionnelle; elles seules constituent l'objet complet de l'examen de la Cour et ses commentaires doivent s'y limiter. Il n'appartient pas à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse ou le manque de sagesse de ces projets. Elle doit seulement se pencher sur leur constitutionnalité. Toutefois, comme l'argument unitaire a été soulevé, on doit à notre avis souligner que les projets constitutionnels fédéraux, qui préservent un Etat fédéral sans changer la répartition ou l'équilibre des pouvoirs, créeraient une formule de modification qui enchâsserait les droits des provinces en matière de modification dans une position sure, juridique et constitutionnelle et mettraient également fin au pouvoir actuel du Parlement fédéral d'agir unilatéralement dans les affaires constitutionnelles. Ainsi, on peut dire que la résolution parlementaire en cause ici, mis à part l'adoption de la *Charte des droits* qui circonscrit les pouvoirs législatifs à la fois des législatures fédérale et provinciales, ne modifie pas réellement la constitution canadienne. Elle a pour effet de compléter une constitution incomplète en remédiant à sa lacune actuelle, c'est-à-dire l'absence d'une formule de modification, ce qui permettra de modifier la Constitution au Canada comme il sied à un Etat souverain. Il ne s'agit pas ici d'une action qui de quelque façon a pour effet de transformer cette union fédérale en un Etat unitaire. L'argument de dernier ressort qui fait appel au spectre d'un Etat unitaire n'a aucune validité.

Pour tous ces motifs, nous répondons aux questions posées dans les trois renvois comme suit:

Les renvois du Manitoba et de Terre-Neuve:

Question 2: Non.

Quebec Reference:

Question B (i): Yes.
(ii): Yes.

MARTLAND, RITCHIE, DICKSON, BEETZ, CHOUINARD AND LAMER JJ.—The second question in the Manitoba Reference[47] and Newfoundland Reference[48] is the same:

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

As for Question B in the Quebec Reference[49], it reads in part as follows:

[TRANSLATION]

B. Does the Canadian Constitution empower ... by ... convention ... the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:
(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?
(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

In these questions, the phrases "Constitution of Canada" and "Canadian Constitution" do not refer to matters of interest only to the federal government or federal juristic unit. They are clearly meant in a broader sense and embrace the global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and in every part of the Canadian state. They will be used in the same broad sense in these reasons.

[47] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.
[48] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.
[49] [1981] C.A. 80; (1981), 120 D.L.R. (3d) 385.

Le renvoi du Québec:

Question B (i): Oui.
(ii): Oui.

LES JUGES MARTLAND, RITCHIE, DICKSON, BEETZ, CHOUINARD ET LAMER—La deuxième question du renvoi du Manitoba[47] et du renvoi de Terre-Neuve[48] est identique:

2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Quant à la question B du renvoi du Québec[49], elle se lit en partie comme suit:

B. La constitution canadienne habilite-t-elle ... par ... convention ... le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:
(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?
(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Pour ces questions, les expressions «Constitution du Canada» et «constitution canadienne» ne se rapportent pas à des sujets qui intéressent seulement le gouvernement fédéral ou l'entité juridique fédérale. Elles ont clairement le sens le plus large possible et comprennent le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'Etat canadien. Tout au long de ces motifs, c'est ce sens large qu'elles auront.

[47] (1981), 117 D.L.R. (3d) 1.
[48] (1981), 118 D.L.R. (3d) 1.
[49] [1981] C.A. 80.

The meaning of the second question in the Manitoba and Newfoundland References calls for further observations.

As will be seen later, counsel for several provinces strenuously argued that the convention exists and requires the agreement of all the provinces. However, we did not understand any of them to have taken the position that the second question in the Manitoba and Newfoundland References should be dealt with and answered as if the last part of the question read

> ... without obtaining the agreement of all the provinces?

Be that as it may, the question should not in our view be so read.

It would have been easy to insert the word "all" into the question had it been intended to narrow its meaning. But we do not think it was so intended. The issue raised by the question is essentially whether there is a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not proceed alone. The thrust of the question is accordingly on whether or not there is a conventional requirement for provincial agreement, not on whether the agreement should be unanimous assuming that it is required. Furthermore, this manner of reading the question is more in keeping with the wording of Question B in the Quebec Reference which refers to something less than unanimity when it says:

> ... without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them ...

If the questions are thought to be ambiguous, this Court should not, in a constitutional reference, be in a worse position than that of a witness in a trial and feel compelled simply to answer yes or no. Should it find that a question might be misleading, or should it simply wish to avoid the risk of misunderstanding, the Court is free either to interpret the question as in *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House* (the *Senate Reference*)[50], at p. 59, or it may qualify

[50] [1980] 1 S.C.R. 54.

Le sens de la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve appelle d'autres commentaires.

Comme on le verra plus loin, les procureurs de plusieurs provinces ont plaidé avec vigueur que la convention existe et qu'elle exige le consentement de toutes les provinces. Notre interprétation de l'exposé de leur position ne nous a toutefois pas amenés à penser qu'il fallait interpréter la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve pour y répondre comme si le cœur de la question se lisait:

> ... sans le consentement préalable de toutes les provinces ...

Quoi qu'il en soit, on ne doit pas à notre avis l'interpréter ainsi.

Il aurait été simple d'y inclure le mot «toutes» si l'on avait voulu en restreindre le sens. Mais nous ne pensons pas que c'était l'intention. La question soulève essentiellement le point de savoir s'il y a une convention constitutionnelle qui empêche la Chambre des communes et le Sénat du Canada d'agir seuls. Le fond de la question est donc de déterminer si conventionnellement le consentement provincial est obligatoire et non si, en ce cas, il doit être unanime. En outre, cette interprétation de la question s'accorde mieux avec le texte de la question B du renvoi du Québec qui se réfère à un critère moindre que celui de l'unanimité en disant:

> ... sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles ...

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une situation pire que celle d'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu'une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d'interpréter la question comme dans le *Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute* (le *Renvoi sur le Sénat*)[50], à la p. 59, ou de nuancer à

[50] [1980] 1 R.C.S. 54.

both the question and the answer as in *Reference re Waters and Water-Powers*[51].

I—The nature of constitutional conventions

A substantial part of the rules of the Canadian constitution are written. They are contained not in a single document called a constitution but in a great variety of statutes some of which have been enacted by the Parliament at Westminster, such as the *British North America Act, 1867*, 1867 (U.K.), c. 3, (the *B.N.A. Act*) or by the Parliament of Canada, such as *The Alberta Act*, 1905 (Can.), c. 3, *The Saskatchewan Act*, 1905 (Can.), c. 42, the *Senate and House of Commons Act*, R.S.C. 1970, c. S-8, or by the provincial legislatures, such as the provincial electoral acts. They are also to be found in orders in council like the Imperial Order in Council of May 16, 1871 admitting British Columbia into the Union, and the Imperial Order in Council of June 26, 1873, admitting Prince Edward Island into the Union.

Another part of the Constitution of Canada consists of the rules of the common law. These are rules which the courts have developed over the centuries in the discharge of their judicial duties. An important portion of these rules concerns the prerogative of the Crown. Sections 9 and 15 of the *B.N.A. Act* provide:

9. The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

15. The Commander-in-Chief of the Land and Naval Militia, and of all Naval and Military Forces, of and in Canada, is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

But the Act does not otherwise say very much with respect to the elements of "Executive Government and Authority" and one must look at the common law to find out what they are, apart from authority delegated to the executive by statute.

The common law provides that the authority of the Crown includes for instance the prerogative of

[51] [1929] S.C.R. 200.

la fois la question et la réponse comme dans le *Renvoi: Waters and Water-Powers*[51].

I—La nature des conventions constitutionnelles

Une partie appréciable des règles de la constitution canadienne est écrite. On ne les trouve pas dans un document unique appelé constitution mais dans un grand nombre de lois dont certaines ont été adoptées par le Parlement de Westminster, tel l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, 1867 (R.-U.), chap. 3, (l'*A.A.N.B.*) ou par le Parlement du Canada comme l'*Acte de l'Alberta*, 1905 (Can.), chap. 3, l'*Acte de la Saskatchewan*, 1905 (Can.), chap. 42, la *Loi sur le Sénat et la Chambre des communes*, S.R.C. 1970, chap. S-8, ou par les législatures provinciales comme les lois électorales provinciales. On les trouve également dans des arrêtés en conseil, tels l'arrêté impérial en conseil du 16 mai 1871 qui admet la Colombie-Britannique dans l'Union, et l'arrêté impérial en conseil du 26 juin 1873, qui admet l'Ile-du-Prince-Edouard dans l'Union.

Une autre partie de la Constitution du Canada est formée de règles de *common law*. Ce sont des règles que les tribunaux ont élaborées au cours des siècles dans l'exécution de leurs fonctions judiciaires. Une part importante de ces règles a trait à la prérogative de la Couronne. Les articles 9 et 15 de l'*A.A.N.B.* prévoient:

9. A la Reine continueront d'être et sont par le présent attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada.

15. A la Reine continuera d'être et est par le présent attribué le commandement en chef des milices de terre et de mer et de toutes les forces militaires et navales en Canada.

Par ailleurs, l'Acte ne s'étend pas beaucoup sur les éléments du «gouvernement et pouvoir exécutifs» et l'on doit recourir à la *common law* pour les découvrir, mis à part l'autorité déléguée à l'exécutif par la loi.

En *common law*, l'autorité de la Couronne comprend notamment la prérogative de grâce ou de

[51] [1929] R.C.S. 200.

mercy or clemency[52] and the power to incorporate by charter so as to confer a general capacity analogous to that of a natural person[53]. The royal prerogative puts the Crown in a preferred position as a creditor[54] or with respect to the inheritance of lands for defect of heirs[55] or in relation to the ownership of precious metals[56] and *bona vacantia*[57]. It is also under the prerogative and the common law that the Crown appoints and receives ambassadors, declares war, concludes treaties and it is in the name of the Queen that passports are issued.

Those parts of the Constitution of Canada which are composed of statutory rules and common law rules are generically referred to as the law of the constitution. In cases of doubt or dispute, it is the function of the courts to declare what the law is and since the law is sometimes breached, it is generally the function of the courts to ascertain whether it has in fact been breached in specific instances and, if so, to apply such sanctions as are contemplated by the law, whether they be punitive sanctions or civil sanctions such as a declaration of nullity. Thus, when a federal or a provincial statute is found by the courts to be in excess of the legislative competence of the legislature which has enacted it, it is declared null and void and the courts refuse to give effect to it. In this sense it can be said that the law of the constitution is administered or enforced by the courts.

But many Canadians would perhaps be surprised to learn that important parts of the constitution of Canada, with which they are the most familiar because they are directly involved when

[52] *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269.

[53] *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566.

[54] *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437.

[55] *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767.

[56] *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App.Cas. 295.

[57] *R. v. Attorney-General of British Columbia*, [1924] A.C. 213.

clémence[52] et le pouvoir de constituer en compagnie par charte de façon à conférer une capacité générale analogue à celle d'une personne physique[53]. La prérogative royale met la Couronne dans une situation privilégiée en tant que créancière[54], en ce qui concerne l'héritage de terres à défaut d'héritiers[55] ou relativement à la propriété de métaux précieux[56] et *bona vacantia*[57]. C'est également aux termes de la prérogative et de la *common law* que la Couronne nomme et accrédite des ambassadeurs, déclare la guerre, conclut des traités et c'est au nom de la Reine que l'on délivre des passeports.

On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties de la Constitution du Canada qui sont formées de règles législatives et de règles de *common law*. En cas de doute ou de litige, il appartient aux tribunaux de déclarer le droit et, puisque le droit est parfois violé, il appartient en général aux tribunaux d'établir s'il y a effectivement eu violation dans des cas donnés et dans l'affirmative d'appliquer les sanctions prévues par la loi, qu'il s'agisse de sanctions pénales ou civiles telle une déclaration de nullité. Ainsi, quand les tribunaux déclarent qu'une loi fédérale ou provinciale excède la compétence législative de la législature qui l'a adoptée, ils la déclarent nulle et non avenue et ils refusent de lui donner effet. En ce sens, on peut dire que les tribunaux administrent ou font respecter le droit constitutionnel.

Bien des Canadiens seraient probablement surpris d'apprendre que des parties importantes de la Constitution du Canada, celles avec lesquelles ils sont le plus familiers parce qu'elles sont directe-

[52] *Reference as to the Effect of the Exercise of the Royal Prerogative of Mercy upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269.

[53] *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566.

[54] *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437.

[55] *Attorney-General of Ontario v. Mercer* (1883), 8 App. Cas. 767.

[56] *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 App. Cas. 295.

[57] *R. v. Attorney General of British Columbia*, [1924] A.C. 213.

they exercise their right to vote at federal and provincial elections, are nowhere to be found in the law of the constitution. For instance it is a fundamental requirement of the constitution that if the opposition obtains the majority at the polls, the government must tender its resignation forthwith. But fundamental as it is, this requirement of the constitution does not form part of the law of the constitution.

It is also a constitutional requirement that the person who is appointed prime minister or premier by the Crown and who is the effective head of the government should have the support of the elected branch of the legislature; in practice this means in most cases the leader of the political party which has won a majority of seats at a general election. Other ministers are appointed by the Crown on the advice of the prime minister or premier when he forms or reshuffles his cabinet. Ministers must continuously have the confidence of the elected branch of the legislature, individually and collectively. Should they lose it, they must either resign or ask the Crown for a dissolution of the legislature and the holding of a general election. Most of the powers of the Crown under the prerogative are exercised only upon the advice of the prime minister of the cabinet which means that they are effectively exercised by the latter, together with the innumerable statutory powers delegated to the Crown in council.

Yet none of these essential rules of the constitution can be said to be a law of the constitution. It was apparently Dicey who, in the first edition of his *Law of the Constitution*, in 1885, called them the "conventions of the constitution", (see W. S. Holdsworth, "The Conventions of the Eighteenth Century Constitution" (1932), 17 Iowa Law Rev. 161), an expression which quickly became current. What Dicey described under these terms are the principles and rules of responsible government, several of which are stated above and which regulate the relations between the Crown, the prime minister, the cabinet and the two Houses of Parliament. These rules developed in Great Britain by way of custom and precedent during the nineteenth century and were exported to such British colonies as were granted self-government.

ment en cause quand ils exercent leur droit de vote aux élections fédérales et provinciales, ne se trouvent nulle part dans le droit constitutionnel. Par exemple, selon une exigence fondamentale de la Constitution, si l'opposition obtient la majorité aux élections, le gouvernement doit offrir immédiatement sa démission. Mais si fondamentale soit-elle, cette exigence de la Constitution ne fait pas partie du droit constitutionnel.

Une autre exigence constitutionnelle veut que la personne nommée premier ministre fédéral ou provincial par la Couronne et qui est effectivement le chef du gouvernement ait l'appui de la chambre élue de la législature; en pratique, ce sera dans la plupart des cas le chef du parti politique qui a gagné une majorité de sièges à une élection générale. Les autres ministres sont nommés par la Couronne sur l'avis du premier ministre fédéral ou provincial lorsqu'il forme ou remanie son cabinet. Les ministres doivent continuellement jouir de la confiance de la chambre élue de la législature, personnellement et collectivement. S'ils la perdent, ils doivent soit démissionner, soit demander à la Couronne de dissoudre la législature et de tenir une élection générale. La plupart des pouvoirs de la Couronne en vertu de la prérogative sont seulement exercés sur l'avis du premier ministre ou du cabinet ce qui signifie que ces derniers l'exercent effectivement ainsi que les innombrables pouvoirs délégués par les lois à la Couronne en conseil.

Pourtant, on peut dire qu'aucune de ces règles essentielles de la Constitution n'est du droit constitutionnel. C'est apparemment Dicey qui, dans la première édition de son ouvrage *Law of the Constitution*, en 1885, les a baptisées «conventions constitutionnelles», une expression qui est rapidement devenue consacrée (voir W. S. Holdsworth, «The Conventions of the Eighteenth Century Constitution», (1932) 17 Iowa Law Rev. 161). Sous ces termes, Dicey décrit les principes et règles du gouvernement responsable, dont plusieurs ont été cités ci-dessus et qui régissent les relations entre la Couronne, le premier ministre, le cabinet et les deux chambres du Parlement. Ces règles ont été élaborées en Grande-Bretagne au moyen de la coutume et du précédent au cours du dix-neuvième siècle et ont été exportées dans les colonies britanniques qui obtenaient leur autonomie.

Dicey first gave the impression that constitutional conventions are a peculiarly British and modern phenomenon. But he recognized in later editions that different conventions are found in other constitutions. As Sir William Holdsworth wrote (*supra*, at p. 162):

> In fact conventions must grow up at all times and in all places where the powers of government are vested in different persons or bodies—where in other words there is a mixed constitution. "The constituent parts of a state," said Burke, [French Revolution, 28.] "are obliged to hold their public faith with each other, and with all those who derive any serious interest under their engagements, as much as the whole state is bound to keep its faith with separate communities." Necessarily conventional rules spring up to regulate the working of the various parts of the constitution, their relations to one another, and to the subject.

Within the British Empire, powers of government were vested in different bodies which provided a fertile ground for the growth of new constitutional conventions unknown to Dicey and from which self-governing colonies acquired equal and independent status within the Commonwealth. Many of these culminated in the *Statute of Westminster, 1931*, 1931 (U.K.), c. 4.

A federal constitution provides for the distribution of powers between various legislatures and governments and may also constitute a fertile ground for the growth of constitutional conventions between those legislatures and governments. It is conceivable for instance that usage and practice might give birth to conventions in Canada relating to the holding of federal-provincial conferences, the appointment of lieutenant governors, the reservation and disallowance of provincial legislation. It was to this possibility that Duff C.J. alluded when he referred to "constitutional usage or constitutional practice" in *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*[58], at p. 78. He had previously called them "recognized constitutional conventions" in *Wilson v.*

[58] [1938] S.C.R. 71.

Dicey a d'abord donné l'impression que les conventions constitutionnelles sont un phénomène moderne, propre au Royaume-Uni. Mais il a reconnu dans des éditions ultérieures que l'on trouve différentes conventions dans d'autres constitutions. Comme l'a écrit sir William Holdsworth (précité, à la p. 162):

> [TRADUCTION] En fait, des conventions doivent se développer en tout temps et dans tous les endroits où les pouvoirs du gouvernement sont conférés à différentes personnes ou organes, où, en d'autres mots, il y a une constitution mixte. «Les parties constituantes d'un Etat», dit Burke, [French Revolution, 28.] «sont obligées d'être fidèles à leurs engagements publics les unes envers les autres, et vis-à-vis de tous ceux qui tirent un sérieux intérêt de leurs promesses, de même que l'ensemble de l'Etat est obligé d'être fidèle à ses engagements envers les différentes collectivités.» Nécessairement, des règles conventionnelles prennent forme pour régir les mécanismes des différentes parties de la Constitution, leurs relations réciproques et avec les sujets.

Au sein de l'Empire britannique, les pouvoirs du gouvernement étaient conférés à différents organes qui ont fourni un terrain fertile à la croissance de nouvelles conventions constitutionnelles, inconnues de Dicey, par lesquelles des colonies autonomes ont acquis un statut égal et indépendant au sein du Commonwealth. Plusieurs d'entre elles ont été consacrées par le *Statut de Westminster, 1931*, 1931 (R.-U.), chap. 4.

Une constitution fédérale assure la répartition des pouvoirs entre divers gouvernements et législatures et peut aussi constituer un terrain fertile de croissance de conventions constitutionnelles entre ces derniers. Il est concevable par exemple que l'usage et la pratique puissent donner naissance à des conventions canadiennes relatives à la tenue de conférences fédérales-provinciales, à la nomination des lieutenants-gouverneurs, à la réserve ou au désaveu des lois provinciales. C'est à cette possibilité que le juge en chef Duff fait allusion quand il parle de [TRADUCTION] «l'usage constitutionnel ou pratique constitutionnelle» dans le *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales*[58], à la p. 78. Auparavant, il les avait baptisées [TRADUCTION] «conventions constitu-

[58] [1938] R.C.S. 71.

Esquimalt and Nanaimo Railway Co.[59], at p. 210.

The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the constitution will be operated in accordance with the prevailing constitutional values or principles of the period. For example, the constitutional value which is the pivot of the conventions stated above and relating to responsible government is the democratic principle: the powers of the state must be exercised in accordance with the wishes of the electorate; and the constitutional value or principle which anchors the conventions regulating the relationship between the members of the Commonwealth is the independence of the former British colonies.

Being based on custom and precedent, constitutional conventions are usually unwritten rules. Some of them, however, may be reduced to writing and expressed in the proceedings and documents of imperial conferences, or in the preamble of statutes such as the *Statute of Westminster, 1931*, or in the proceedings and documents of federal-provincial conferences. They are often referred to and recognized in statements made by members of governments.

The conventional rules of the constitution present one striking peculiarity. In contradistinction to the laws of the constitution, they are not enforced by the courts. One reason for this situation is that, unlike common law rules, conventions are not judge-made rules. They are not based on judicial precedents but on precedents established by the institutions of government themselves. Nor are they in the nature of statutory commands which it is the function and duty of the courts to obey and enforce. Furthermore, to enforce them would mean to administer some formal sanction when they are breached. But the legal system from which they are distinct does not contemplate formal sanctions for their breach.

Perhaps the main reason why conventional rules cannot be enforced by the courts is that they are

[59] [1922] 1 A.C. 202.

tionnelles reconnues» dans l'arrêt *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*[59], à la p. 210.

L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque. Par exemple, la valeur constitutionnelle qui est le pivot des conventions dont on vient de parler et qui se rapportent au gouvernement responsable est le principe démocratique: les pouvoirs de l'Etat doivent être exercés conformément aux vœux de l'électorat. La valeur ou principe constitutionnel auquel se rattachent les conventions qui régissent les relations entre les membres du Commonwealth est l'indépendance des anciennes colonies britanniques.

Fondées sur la coutume et les précédents, les conventions constitutionnelles sont habituellement des règles non écrites. Toutefois certaines ont pu être consignées dans les comptes rendus et documents des conférences impériales, dans le préambule des lois tel le *Statut de Westminster, 1931*, ou dans les comptes rendus et documents des conférences fédérales-provinciales. Régulièrement les membres des gouvernements s'y réfèrent et les reconnaissent.

Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. Cette situation est notamment due au fait qu'à la différence des règles de *common law*, les conventions ne sont pas des règles judiciaires. Elles ne s'appuient pas sur des précédents judiciaires, mais sur des précédents établis par les institutions mêmes du gouvernement. Elles ne participent pas non plus des ordres législatifs auxquels les tribunaux ont pour fonction et devoir d'obéir et qu'ils doivent respecter. En outre, les appliquer signifierait imposer des sanctions en bonne et due forme si elles sont violées. Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions de la sorte pour leur violation.

Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées

[59] [1922] 1 A.C. 202.

generally in conflict with the legal rules which they postulate and the courts are bound to enforce the legal rules. The conflict is not of a type which would entail the commission of any illegality. It results from the fact that legal rules create wide powers, discretions and rights which conventions prescribe should be exercised only in a certain limited manner, if at all.

Some examples will illustrate this point.

As a matter of law, the Queen, or the Governor General or the Lieutenant Governor could refuse assent to every bill passed by both Houses of Parliament or by a Legislative Assembly as the case may be. But by convention they cannot of their own motion refuse to assent to any such bill on any ground, for instance because they disapprove of the policy of the bill. We have here a conflict between a legal rule which creates a complete discretion and a conventional rule which completely neutralizes it. But conventions, like laws, are sometimes violated. And if this particular convention were violated and assent were improperly withheld, the courts would be bound to enforce the law, not the convention. They would refuse to recognize the validity of a vetoed bill. This is what happened in *Gallant v. The King*[60], a case in keeping with the classic case of *Stockdale v. Hansard*[61] where the English Court of Queen's Bench held that only the Queen and both Houses of Parliament could make or unmake laws. The Lieutenant Governor who had withheld assent in *Gallant* apparently did so towards the end of his term of office. Had it been otherwise, it is not inconceivable that his withholding of assent might have produced a political crisis leading to his removal from office which shows that if the remedy for a breach of a convention does not lie with the courts, still the breach is not necessarily without a remedy. The remedy lies with some other institutions of government; furthermore it is

[60] [1949] 2 D.L.R. 425; (1948), 23 M.P.R. 48. See also for a comment on the situation by K. M. Martin in (1946), 24 Can. Bar Rev. 434.

[61] (1839), 9 Ad. and E. 1.

par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. Or les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles juridiques. Il ne s'agit pas d'un conflit d'un genre qui entraînerait la perpétration d'illégalités. Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être.

Des exemples illustrent ce point.

En droit, la Reine, le gouverneur général ou le lieutenant-gouverneur pourrait refuser de donner la sanction à tous les projets de lois adoptés par les deux chambres du Parlement ou par une assemblée législative selon le cas. Mais par convention, ils ne peuvent de leur propre chef refuser de donner la sanction à aucun projet de loi pour quelque motif que ce soit, par exemple parce qu'ils désapprouvent la politique en cause. Il y a là un conflit entre une règle juridique qui crée un pouvoir discrétionnaire total et une règle conventionnelle qui le neutralise complètement. Mais, comme les lois, les conventions sont parfois violées. Si cette convention particulière était violée et la sanction refusée à tort, les tribunaux seraient tenus d'appliquer la loi et non la convention. Ils refuseraient de reconnaître la validité d'une loi qui a fait l'objet d'un veto. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Gallant v. The King*[60]. Le jugement dans cette affaire est en harmonie avec l'arrêt classique *Stockdale v. Hansard*[61] où, en Angleterre, la Cour du Banc de la Reine a décidé que seules la Reine et les deux chambres du Parlement pouvaient faire ou défaire les lois. Le lieutenant-gouverneur qui avait refusé la sanction dans l'affaire *Gallant* l'a apparemment fait vers la fin de son mandat. S'il en avait été autrement, il n'est pas inconcevable que son refus aurait entraîné une crise politique qui aurait amené sa destitution, ce qui montre que si remédier à une violation de convention ne relève pas des tribunaux, par contre la violation n'est pas

[60] [1949] 2 D.L.R. 425; (1948), 23 M.P.R. 48. Voir aussi un commentaire de la situation par K. M. Martin à (1946) 24 R. du B. Can. 434.

[61] (1839), 9 Ad. and E. 1.

not a formal remedy and it may be administered with less certainty or regularity than it would be by a court.

Another example of the conflict between law and convention is provided by a fundamental convention already stated above: if after a general election where the opposition obtained the majority at the polls the government refused to resign and clung to office, it would thereby commit a fundamental breach of convention, one so serious indeed that it could be regarded as tantamount to a *coup d'état*. The remedy in this case would lie with the Governor General or the Lieutenant Governor as the case might be who would be justified in dismissing the ministry and in calling on the opposition to form the government. But should the Crown be slow in taking this course, there is nothing the courts could do about it except at the risk of creating a state of legal discontinuity, that is, a form of revolution. An order or a regulation passed by a minister under statutory authority and otherwise valid could not be invalidated on the ground that, by convention, the minister ought no longer be a minister. A writ of *quo warranto* aimed at ministers, assuming that *quo warranto* lies against a minister of the Crown, which is very doubtful, would be of no avail to remove them from office. Required to say by what warrant they occupy their ministerial office, they would answer that they occupy it by the pleasure of the Crown under a commission issued by the Crown and this answer would be a complete one at law, for at law the government is in office by the pleasure of the Crown although by convention it is there by the will of the people.

This conflict between convention and law which prevents the courts from enforcing conventions also prevents conventions from crystallizing into laws, unless it be by statutory adoption.

It is because the sanctions of convention rest with institutions of government other than courts, such as the Governor General or the Lieutenant Governor, or the Houses of Parliament, or with

nécessairement sans remède. Le remède relève d'autres institutions gouvernementales; en outre, ce n'est pas un remède formel et il peut être administré avec moins de certitude ou de régularité qu'il le serait par un tribunal.

Une convention fondamentale dont on a parlé ci-dessus offre un autre exemple du conflit entre droit et convention: si après une élection générale où l'opposition a obtenu la majorité des sièges, le gouvernement refusait de donner sa démission et s'accrochait au pouvoir, il commettrait par là une violation fondamentale des conventions, si sérieuse d'ailleurs qu'on pourrait la considérer équivalente à un coup d'Etat. Le remède dans ce cas relèverait du gouverneur général ou du lieutenant-gouverneur selon le cas, qui serait justifié de congédier le ministère et de demander à l'opposition de former le gouvernement. Mais si la Couronne n'agissait pas promptement, les tribunaux ne pourraient rien y faire si ce n'est au risque de créer un état de discontinuité juridique, c'est-à-dire une forme de révolution. Une ordonnance ou un règlement adopté par un ministre en vertu de pouvoirs conférés par la loi et valide par ailleurs ne pourrait être invalidé aux motifs que, par convention, le ministre ne devrait plus être ministre. Un bref de *quo warranto* visant les ministres, en supposant que le *quo warranto* puisse être utilisé contre un ministre de la Couronne, ce qui est très douteux, ne serait d'aucune utilité pour les destituer. Si on leur demandait de justifier leur présence à un poste ministériel, ils répondraient qu'ils l'occupent de par le bon plaisir de la Couronne aux termes d'un mandat émanant de cette dernière et cette réponse serait complète en droit car, en droit, le gouvernement est en poste de par le bon plaisir de la Couronne bien que par convention il le soit de par la volonté du peuple.

Ce conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de faire respecter les conventions, empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi.

C'est parce que la sanction des conventions relève des institutions gouvernementales autres que les tribunaux, tels le gouverneur général, le lieutenant-gouverneur, les chambres du Parlement ou

public opinion and ultimately, with the electorate, that it is generally said that they are political.

We respectfully adopt the definition of a convention given by the learned Chief Justice of Manitoba, Freedman C.J.M., in the Manitoba Reference, *supra*, at pp. 13-14:

> What is a constitutional convention? There is a fairly lengthy literature on the subject. Although there may be shades of difference among the constitutional lawyers, political scientists, and Judges who have contributed to that literature, the essential features of a convention may be set forth with some degree of confidence. Thus there is general agreement that a convention occupies a position somewhere in between a usage or custom on the one hand and a constitutional law on the other. There is general agreement that if one sought to fix that position with greater precision he would place convention nearer to law than to usage or custom. There is also general agreement that "a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies". Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. There is, if not general agreement, at least weighty authority, that the sanction for breach of a convention will be political rather than legal.

It should be borne in mind however that, while they are not laws, some conventions may be more important than some laws. Their importance depends on that of the value or principle which they are meant to safeguard. Also they form an integral part of the constitution and of the constitutional system. They come within the meaning of the word "Constitution" in the preamble of the *British North America Act, 1867*:

> Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united . . . with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

That is why it is perfectly appropriate to say that to violate a convention is to do something which is unconstitutional although it entails no direct legal consequence. But the words "constitutional" and "unconstitutional" may also be used in a strict legal sense, for instance with respect to a statute which is found *ultra vires* or unconstitutional. The foregoing may perhaps be summarized in an equation: constitutional conventions plus con-

l'opinion publique et, en définitive, l'électorat, qu'on dit généralement qu'elles sont politiques.

Avec égards, nous adoptons la définition de convention donnée par le savant juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, dans le renvoi du Manitoba, précité, aux pp. 13 et 14:

> [TRADUCTION] Qu'est-ce qu'une convention constitutionnelle? On trouve d'assez nombreux écrits sur le sujet. Bien qu'il puisse y avoir des nuances entre les constitutionnalistes, les experts en sciences politiques et les juges qui y ont contribué, on peut énoncer comme suit avec un certain degré d'assurance les caractéristiques essentielles d'une convention. Ainsi il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. Il y a un consensus général que si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume. Il existe également un consensus général qu'«une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire». Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 9. Selon la prépondérance des autorités sinon le consensus général, la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique.

Il faut garder à l'esprit toutefois que bien qu'il ne s'agisse pas de lois, certaines conventions peuvent être plus importantes que certaines lois. Leur importance dépend de la valeur ou du principe qu'elles sont censées protéger. En outre, elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot «Constitution» dans le préambule de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*:

> Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale . . . avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

C'est pourquoi il est tout à fait juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe. Mais on peut aussi utiliser les termes «constitutionnel» et «inconstitutionnel» dans un sens juridique strict, comme par exemple dans le cas d'une loi déclarée *ultra vires* ou inconstitutionnelle. Une équation permet peut-être de résumer ce qui précède: conventions consti-

stitutional law equal the total constitution of the country.

II—Whether the questions should be answered

It was submitted by counsel for Canada and for Ontario that the second question in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional part of Question B in the Quebec Reference ought not be answered because they do not raise a justiciable issue and are accordingly not appropriate for a court. It was contended that the issue whether a particular convention exists or not is a purely political one. The existence of a definite convention is always unclear and a matter of debate. Furthermore conventions are flexible, somewhat imprecise and unsuitable for judicial determination.

The same submission was made in substance to the three courts below and, in our respectful opinion, rightfully dismissed by all three of them, Hall J.A. dissenting in the Manitoba Court of Appeal.

We agree with what Freedman C.J.M. wrote on this subject in the Manitoba Reference at p. 13:

> In my view, this submission goes too far. Its characterization of Question 2 as "purely political" overstates the case. That there is a political element embodied in the question, arising from the contents of the joint address, may well be the case. But that does not end the matter. If Question 2, even if in part political, possesses a constitutional feature, it would legitimately call for our reply.
>
> In my view, the request for a decision by this Court on whether there is a constitutional convention, in the circumstances described, that the Dominion will not act without the agreement of the Provinces poses a question that it, [*sic*], at least in part, constitutional in character. It therefore calls for an answer, and I propose to answer it.

Question 2 is not confined to an issue of pure legality but it has to do with a fundamental issue of constitutionality and legitimacy. Given the broad statutory basis upon which the Governments of Manitoba, Newfoundland and Quebec are empowered to put questions to their three respective courts of appeal, they are in our view entitled to an answer to a question of this type.

tutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays.

II—Doit-on répondre aux questions?

Les procureurs du Canada et de l'Ontario ont soutenu qu'il ne fallait pas répondre à la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec parce qu'elles ne soulèvent pas de point justiciable des tribunaux et qu'il ne convient pas qu'ils en soient saisis. Ils ont fait valoir que déterminer si une convention particulière existe est une question purement politique. L'existence d'une convention donnée est toujours obscure et sujette à discussion. En outre, les conventions changent, sont relativement imprécises et ne se prêtent pas aux déterminations judiciaires.

La même thèse a été présentée en substance aux trois cours d'instance inférieure et à notre avis, rejetée à bon droit par toutes les trois, avec la dissidence du juge Hall en Cour d'appel du Manitoba.

Nous sommes d'accord avec ce que le juge en chef Freedman écrit à ce sujet à la p. 13 du renvoi du Manitoba:

> [TRADUCTION] A mon avis cette thèse va trop loin. Qualifier la question 2 de «purement politique» est une exagération. Il est bien possible qu'il y ait un élément politique dans la question, qui découle du contenu de l'adresse conjointe. Mais cela ne clôt pas la discussion. Si la question 2, tout en étant en partie politique, possède des traits constitutionnels, elle appelle légitimement notre réponse.
>
> A mon sens, demander à cette Cour de décider s'il y a une convention constitutionnelle, dans les circonstances décrites, portant que le fédéral n'agira pas sans l'accord des provinces, soulève une question qui du moins en partie est de nature constitutionnelle. Elle exige donc une réponse et je me propose d'y répondre.

La question 2 n'a pas uniquement à faire avec la légalité pure, mais elle a tout à faire avec un point fondamental de constitutionnalité et de légitimité. Vu le fondement législatif large sur lequel les gouvernements du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec ont le pouvoir de poser des questions à leurs trois cours d'appel respectives, ils ont à notre avis le droit d'obtenir une réponse à une question de ce genre.

Furthermore, one of the main points made by Manitoba with respect to Question 3 was that the constitutional convention referred to in Question 2 had become crystallized into a rule of law. Question 3 is admitted by all to raise a question of law. We agree with Matas J.A. of the Manitoba Court of Appeal that it would be difficult to answer Question 3 without an analysis of the points raised in Question 2. It is accordingly incumbent on us to answer Question 2.

Finally, we are not asked to hold that a convention has in effect repealed a provision of the *B.N.A. Act*, as was the case in the *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation* (*supra*). Nor are we asked to enforce a convention. We are asked to recognize it if it exists. Courts have done this very thing many times in England and the Commonwealth to provide aid for and background to constitutional or statutory construction. Several such cases are mentioned in the reasons of the majority of this Court relating to the question whether constitutional conventions are capable of crystallizing into law. There are many others among them *Commonwealth v. Kreglinger*[62], *Liversidge v. Anderson*[63], *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*[64], *Adegbenro v. Akintola*[65], *Ibralebbe v. The Queen*[66]. This Court did the same in the recent case of *Arseneau v. The Queen*[67] at p. 149 and in the still unreported judgment rendered on April 6, 1981 after the re-hearing of *Attorney General of Quebec v. Blaikie et al.*[68]

In so recognizing conventional rules, the courts have described them, sometimes commented upon them and given them such precision as is derived from the written form of a judgment. They did not shrink from doing so on account of the political aspects of conventions, nor because of their supposed vagueness, uncertainty or flexibility.

[62] (1926), 37 C.L.R. 393.
[63] [1942] A.C. 206.
[64] [1943] 2 All E.R. 560.
[65] [1963] A.C. 614.
[66] [1964] A.C. 900.
[67] [1979] 2 S.C.R. 136.
[68] Now published at [1981] 1 S.C.R. 312.

En outre, l'un des arguments principaux énoncé par le Manitoba à l'égard de la question 3 est que la convention constitutionnelle mentionnée à la question 2 s'est cristallisée en une règle de droit. Toutes les parties admettent que la question 3 soulève un point de droit. Nous sommes d'accord avec le juge Matas de la Cour d'appel du Manitoba qu'il serait difficile d'y répondre sans faire une analyse des points soulevés par la question 2. Il nous incombe donc de répondre à la question 2.

Enfin, on ne nous demande pas de décider qu'une convention a effectivement abrogé une disposition de l'*A.A.N.B.*, comme c'était le cas dans le *Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales* (précité). On ne nous demande pas de faire respecter une convention. On nous demande de déterminer si elle existe. Les tribunaux l'ont nettement fait à maintes reprises en Angleterre et dans le Commonwealth pour donner un soutien et un cadre à une interprétation constitutionnelle ou législative. Plusieurs de ces arrêts sont mentionnés dans les motifs de la majorité de cette Cour relatifs à la question de savoir si les conventions constitutionnelles sont susceptibles de se cristalliser en règle de droit. Il y en a bien d'autres parmi lesquels *Commonwealth v. Kreglinger*[62], *Liversidge v. Anderson*[63], *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*[64], *Adegbenro v. Akintola*[65], *Ibralebbe v. The Queen*[66]. Cette Cour a fait de même dans l'arrêt récent *Arseneau c. La Reine*[67] à la p. 149 et dans l'arrêt encore inédit rendu le 6 avril 1981 après une nouvelle audition *Procureur général du Québec c. Blaikie et autres*[68].

En reconnaissant l'existence de règles conventionnelles, les tribunaux les ont décrites, les ont parfois commentées et ont donné à leur égard des précisions qui découlent de la forme écrite d'un jugement. Ils n'ont pas reculé devant cette tâche à cause des aspects politiques des conventions ni à cause de leur présumé caractère vague, incertain ou changeant.

[62] (1926), 37 C.L.R. 393.
[63] [1942] A.C. 206.
[64] [1943] 2 All E.R. 560.
[65] [1963] A.C. 614.
[66] [1964] A.C. 900.
[67] [1979] 2 R.C.S. 136.
[68] Maintenant publié à [1981] 1 R.C.S. 312.

In our view, we should not, in a constitutional reference, decline to accomplish a type of exercise that courts have been doing of their own motion for years.

III—Whether the convention exists

It was submitted by counsel for Canada, Ontario and New Brunswick that there is no constitutional convention, that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament at Westminster a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships, etc., without first obtaining the agreement of the provinces.

It was submitted by counsel for Manitoba, Newfoundland, Quebec, Nova Scotia, British Columbia, Prince Edward Island and Alberta that the convention does exist, that it requires the agreement of all the provinces and that the second question in the Manitoba and Newfoundland References should accordingly be answered in the affirmative.

Counsel for Saskatchewan agreed that the question be answered in the affirmative but on a different basis. He submitted that the convention does exist and requires a measure of provincial agreement. Counsel for Saskatchewan further submitted that the Resolution before the Court has not received a sufficient measure of provincial consent.

We wish to indicate at the outset that we find ourselves in agreement with the submissions made on this issue by counsel for Saskatchewan.

1. The class of constitutional amendments contemplated by the question

Constitutional amendments fall into three categories: (1) amendments which may be made by a provincial legislature acting alone under s. 92(1) of the *B.N.A. Act*; (2) amendments which may be made by the Parliament of Canada acting alone under s. 91(1) of the *B.N.A. Act*; (3) all other amendments.

A notre avis, dans un renvoi constitutionnel nous ne devons pas refuser d'accomplir ce genre d'exercice auquel les tribunaux se livrent depuis des années de leur propre chef.

III—La convention existe-t-elle?

Les procureurs du Canada, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick ont soutenu qu'il n'existe pas de convention constitutionnelle qui empêche la Chambre des communes et le Sénat du Canada de déposer devant le Parlement de Westminster un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales, etc., sans le consentement des provinces.

Les procureurs du Manitoba, de Terre-Neuve, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, de la Colombie-Britannique, de l'Ile-du-Prince-Edouard et de l'Alberta ont soutenu que la convention existe effectivement, qu'elle exige l'accord de toutes les provinces et que la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve doit donc recevoir une réponse affirmative.

Le procureur de la Saskatchewan convient que la question doit recevoir une réponse affirmative mais sur un fondement différent. Il soutient que la convention existe effectivement et qu'elle exige un certain degré d'accord provincial. Le procureur de la Saskatchewan soutient en outre que la résolution soumise à la Cour n'a pas reçu un degré suffisant de consentement provincial.

Nous devons dire tout de suite que nous sommes d'accord avec la position du procureur de la Saskatchewan sur ce point.

1. La catégorie de modifications constitutionnelles envisagée par la question

Les modifications constitutionnelles relèvent de trois catégories: (1) les modifications qu'une législature provinciale peut faire seule en vertu du par. 92(1) de l'*A.A.N.B.*; (2) les modifications que le Parlement du Canada peut faire seul en vertu du par. 91(1) de l'*A.A.N.B.*; (3) toutes les autres modifications.

The first two categories are irrelevant for the purposes of these References. While the wording of the second and third questions of the Manitoba and Newfoundland References may be broad enough to embrace all amendments in the third category, it is not necessary for us to consider those amendments which affect federal-provincial relationships only indirectly. In a sense, most amendments of the third category are susceptible of affecting federal-provincial relationships to some extent. But we should restrict ourselves to the consideration of amendments which

> ... directly affect federal-provincial relationships in the sense of changing federal and provincial legislative powers ...

(*Senate Reference, supra*, at p. 65.)

The reason for this is that the second and third questions of the Manitoba and Newfoundland References must be read in the light of the first question. They must be meant to contemplate the same specific class of constitutional amendments as the ones which are sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada". More particularly, they must be meant to address the same type of amendments as the *Charter of Rights*, which abridges federal and provincial legislative powers, and the amending formula, which would provide for the amendment of the Constitution including the distribution of legislative powers.

These proposed amendments present one essential characteristic: they directly affect federal-provincial relationships in changing legislative powers and in providing for a formula to effect such change.

Therefore, in essence although not in terms, the issue raised by the second question in the Manitoba and Newfoundland References is whether there is a constitutional convention for agreement of the provinces to amendments which change legislative powers and provide for a method of effecting such change. The same issue is raised by Question B of the Quebec Reference above quoted in part.

Les deux premières catégories sont sans intérêt aux fins de ces renvois. Bien que la formulation des deuxième et troisième questions des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve puisse être assez large pour englober toutes les modifications de la troisième catégorie, il n'est pas nécessaire aux fins présentes d'examiner les modifications qui ont seulement un effet indirect sur les relations fédérales-provinciales. D'une certaine façon, la plupart des modifications de la troisième catégorie sont susceptibles d'avoir un effet sur les relations fédérales-provinciales jusqu'à un certain point. Mais nous devons nous limiter à l'examen des modifications qui ont

> ... un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elle[s] ... modifie[nt] ... les pouvoirs législatifs fédéral et provinciaux ...

(*Renvoi sur le Sénat*, précité, à la p. 65.)

La raison en est que l'on doit interpréter les deuxième et troisième questions des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve à la lumière de la première question. Elles doivent viser la même catégorie précise de modifications constitutionnelles que celles que l'on cherche à obtenir par le «projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada». Plus précisément, elles doivent certainement viser des modifications telles la *Charte des droits*, qui restreint les pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux, et la formule de modification, qui permettrait la modification de la Constitution, y compris la répartition des pouvoirs législatifs.

Ces projets de modification ont une caractéristique essentielle: ils ont le plus direct des effets sur les relations fédérales-provinciales en modifiant les pouvoirs législatifs et en fournissant une formule pour effectuer ce changement.

Donc, en substance sinon dans les termes, le point soulevé par la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve est de savoir s'il existe une convention constitutionnelle de par laquelle les provinces doivent consentir aux modifications qui changent les pouvoirs législatifs et prévoient une méthode pour effectuer ce changement. Le même point est soulevé par la question B du renvoi du Québec déjà citée en partie.

2. Requirements for establishing a convention

The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law. Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative. We adopt the following passage of Sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (5th ed., 1959), at p. 136:

We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.

i) The precedents

An account of the statutes enacted by the Parliament at Westminster to modify the Constitution of Canada is found in a White Paper published in 1965 under the authority of the Honourable Guy Favreau, then Minister of Justice for Canada, under the title of "The Amendment of the Constitution of Canada" (the White Paper). This account is quoted in the *Senate Reference (supra)* but we find it necessary to reproduce it here for convenience:

(1) *The Rupert's Land Act, 1868* authorized the acceptance by Canada of the rights of the Hudson's Bay Company over Rupert's Land and the North-Western Territory. It also provided that, on Address from the Houses of Parliament of Canada, the Crown could declare this territory part of Canada and the Parliament of Canada could make laws for its peace, order and good government.

(2) *The British North America Act of 1871* ratified the Manitoba Act passed by the Parliament of Canada in 1870, creating the province of Manitoba and giving it a provincial constitution similar to those of the other provinces. The British North America Act of 1871 also empowered the Parliament of Canada to establish new provinces out of any Canadian territory not then included in a province [but not thereafter to amend such constituting enactment]; to alter the boundaries of any province (with the consent of its legislature), and to provide for the administration, peace, order and good government of any territory not included in a province.

2. Conditions à remplir pour établir une convention

Les conditions à remplir pour établir une convention ressemblent à celles qui s'appliquent au droit coutumier. Les précédents et l'usage sont nécessaires mais ne suffisent pas. Ils doivent être normatifs. Nous adoptons le passage suivant de l'ouvrage de sir W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd., 1959, à la p. 136:

[TRADUCTION] Nous devons nous poser trois questions: premièrement, y a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées.

i) Les précédents

On trouve dans le Livre blanc publié en 1965 sous l'autorité de l'honorable Guy Favreau, alors ministre de la Justice du Canada, sous le titre «Modifications de la Constitution du Canada» un historique des lois édictées par le Parlement de Westminster pour modifier la Constitution du Canada (le Livre blanc). Cet historique est cité dans le *Renvoi sur le Sénat* (précité), mais nous estimons nécessaire de le reproduire ici pour plus de commodité:

(1) *L'Acte de la Terre de Rupert de 1868* autorisa le Canada à acquérir les droits de la Compagnie de la baie d'Hudson sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest. Il prévoyait aussi que la Couronne, sur présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, pourrait déclarer que le territoire ferait partie du Canada, et que le Parlement du Canada pourrait faire des lois pour y assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

(2) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871* ratifia l'Acte du Manitoba adopté par le Parlement du Canada en 1870, qui créait la province du Manitoba et lui donnait une constitution semblable à celles des autres provinces. De plus, l'Acte conférait au Parlement du Canada le pouvoir d'ériger de nouvelles provinces dans n'importe quel territoire canadien non compris alors dans une province [mais non de modifier par la suite ces lois constitutives]; de modifier les limites de toute province (avec l'accord de sa Législature) et de pourvoir à l'administration, la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire non compris dans une province.

(3) *The Parliament of Canada Act of 1875* amended section 18 of the British North America Act, 1867, which set forth the privileges, immunities and powers of each of the Houses of Parliament.

(4) *The British North America Act of 1886* authorized the Parliament of Canada to provide for the representation in the Senate and the House of Commons of any territories not included in any province.

*(5) *The Statute Law Revision Act, 1893* repealed some obsolete provisions of the British North America Act of 1867.

(6) *The Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, 1895* confirmed an Act of the Parliament of Canada which provided for the appointment of a Deputy-Speaker for the Senate.

(7) *The British North America Act, 1907* established a new scale of financial subsidies to the provinces in lieu of those set forth in section 118 of the British North America Act of 1867. While not expressly repealing the original section, it made its provisions obsolete.

(8) *The British North America Act, 1915* re-defined the Senatorial Divisions of Canada to take into account the provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta. Although this statute did not expressly amend the text of the original section 22, it did alter its effect.

(9) *The British North America Act, 1916* provided for the extension of the life of the current Parliament of Canada beyond the normal period of five years.

*(10) *The Statute Law Revision Act, 1927* repealed additional spent or obsolete provisions in the United Kingdom statutes, including two provisions of the British North America Acts.

(11) *The British North America Act, 1930* confirmed the natural resources agreements between the Government of Canada and the Governments of Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan, giving the agreements the force of law notwithstanding anything in the British North America Acts.

* The amendments appear to have been done by the Parliament at Westminster on its own initiative and not in response to a joint resolution of the Senate and House of Commons.

(3) *L'Acte du Parlement du Canada de 1875* modifia l'article 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, qui énonce les privilèges, immunités et pouvoirs de chacune des chambres du Parlement.

(4) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1886* autorisa le Parlement du Canada à pourvoir à la représentation au Sénat et à la Chambre des Communes de tout territoire non compris dans une province.

*(5) *La Loi de 1893 sur la revision du droit statutaire* abrogea certaines dispositions périmées de l'Acte de 1867.

(6) *L'Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant) de 1895* confirma une loi du Parlement du Canada qui permet la nomination d'un orateur suppléant au Sénat.

(7) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1907* établit une nouvelle échelle de subventions financières aux provinces en remplacement de celles qui sont prévues à l'article 118 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867. Tout en n'abrogeant pas expressément l'article primitif, il en rendit les dispositions inopérantes.

(8) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1915* redéfinit les divisions sénatoriales du Canada pour tenir compte de l'existence des provinces du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta. Bien qu'il n'ait pas modifié expressément le texte de l'article 22 primitif, il en a sûrement changé la portée.

(9) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1916* prolongea la durée du Parlement du Canada alors en fonctions au-delà de la période normale de cinq ans.

*(10) *La Loi de 1927 sur la revision du droit statutaire* une fois encore abrogea des dispositions périmées ou désuètes des statuts du Royaume-Uni, y compris deux dispositions des Actes de l'Amérique du Nord britannique.

(11) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930* confirma les accords relatifs aux ressources naturelles intervenus entre le gouvernement du Canada et ceux du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan et leur donna force de loi, nonobstant toute disposition contraire des Actes de l'Amérique du Nord britannique.

* Il semble que le Parlement de Westminster ait adopté ces modifications de sa propre initiative et non en réponse à une résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des communes.

(12) *The Statute of Westminster, 1931* while not directly amending the British North America Acts, did alter some of their provisions. Thus, the Parliament of Canada was given the power to make laws having extraterritorial effect. Also, Parliament and the provincial legislatures were given the authority, within their powers under the British North America Acts, to repeal any United Kingdom statute that formed part of the law of Canada. This authority, however, expressly excluded the British North America Act itself.

(13) *The British North America Act, 1940* gave the Parliament of Canada the exclusive jurisdiction to make laws in relation to Unemployment Insurance.

(14) *The British North America Act, 1943* provided for the postponement of redistribution of the seats in the House of Commons until the first session of Parliament after the cessation of hostilities.

(15) *The British North America Act, 1946* replaced section 51 of the British North America Act, 1867, and altered the provisions for the readjustment of representation in the House of Commons.

(16) *The British North America Act, 1949* confirmed the Terms of Union between Canada and Newfoundland.

(17) *The British North America Act (No. 2), 1949* gave the Parliament of Canada authority to amend the Constitution of Canada with certain exceptions.

*(18) *The Statute Law Revision Act, 1950* repealed an obsolete section of the British North America Act, 1867.

(19) *The British North America Act, 1951* gave the Parliament of Canada concurrent jurisdiction with the provinces to make laws in relation to Old Age Pensions.

(20) *The British North America Act, 1960* amended section 99 and altered the tenure of office of superior court judges.

(21) *The British North America Act, 1964* amended the authority conferred upon the Parliament of Canada by the British North America Act, 1951,

* The amendments appear to have been done by the Parliament at Westminster on its own initiative and not in response to a joint resolution of the Senate and House of Commons.

(12) *Le Statut de Westminster de 1931*, tout en ne modifiant pas directement les Actes de l'Amérique du Nord britannique, changea certaines de leurs dispositions. C'est ainsi, par exemple, que le Parlement du Canada fut autorisé à faire des lois ayant une portée extra-territoriale. En outre, le Parlement et les législatures des provinces furent habilités, dans la limite des pouvoirs respectifs que leur confèrent les Actes de l'Amérique du Nord britannique, à abroger tout statut du Royaume-Uni faisant alors partie des lois du Canada à l'exception expresse, cependant, de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui-même.

(13) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1940* accorda au Parlement du Canada la compétence exclusive de légiférer en matière d'assurance-chômage.

(14) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1943* ajourna le rajustement de la représentation à la Chambre des Communes jusqu'à la première session du Parlement qui suivrait la fin des hostilités.

(15) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1946* remplaça l'article 51 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 et changea les dispositions relatives au rajustement de la représentation à la Chambre des Communes.

(16) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949* sanctionna les Conditions d'union entre le Canada et Terre-Neuve.

(17) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (nº 2) de 1949* habilita le Parlement du Canada à modifier la Constitution du Canada, à l'exception de certaines catégories de sujets.

*(18) *La Loi de 1950 sur la revision du droit statutaire* abrogea un article désuet de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867.

(19) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951* autorisa le Parlement du Canada à légiférer concurremment avec les provinces sur les pensions de vieillesse.

(20) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960* modifia l'article 99 et changea la durée des fonctions des juges des cours supérieures.

(21) *L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1964* modifia les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par l'Acte de l'Amérique du Nord

* Il semble que le Parlement de Westminster ait adopté ces modifications de sa propre initiative et non en réponse à une résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des communes.

in relation to benefits supplementary to Old Age Pensions.

(22) *Amendment by Order in Council*

Section 146 of the British North America Act, 1867 provided for the admission of other British North American territories by Order in Council and stipulated that the provisions of any such Order in Council would have the same effect as if enacted by the Parliament of the United Kingdom. Under this section, Rupert's Land and the North-Western Territory were admitted by Order in Council on June 23rd, 1870; British Columbia by Order in Council on May 16th, 1871, Prince Edward Island by Order in Council on June 26th, 1873. Because all of these Orders in Council contained provisions of a constitutional character—adapting the provisions of the British North America Act to the new provinces, but with some modifications in each case—they may therefore be regarded as constitutional amendments.

For reasons already stated, these precedents must be considered selectively. They must also be considered in positive as well as in negative terms.

Of these twenty-two amendments or groups of amendments, five directly affected federal-provincial relationships in the sense of changing provincial legislative powers: they are the amendment of 1930, the *Statute of Westminster, 1931,* and the amendments of 1940, 1951 and 1964.

Under the agreements confirmed by the 1930 amendment, the western provinces were granted ownership and administrative control of their natural resources so as to place these provinces in the same position vis-à-vis natural resources as the original confederating colonies. The western provinces, however, received these natural resources subject to some limits on their power to make laws relating to hunting and fishing rights of Indians. Furthermore, the agreements did provide a very substantial object for the provincial power to make laws relating to "The Management and Sale of the Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon" under s. 92(5) of the *B.N.A. Act*. The long title reads as follows:

britannique de 1951 au sujet des pensions de vieillesse et des prestations additionnelles.

(22) *Modifications par arrêté en conseil*

L'article 146 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique prévoyait l'adjonction au Canada d'autres territoires de l'Amérique du Nord britannique par arrêté en conseil et stipulait que les dispositions de tels arrêtés auraient le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni. En vertu de cet article, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest furent admis par arrêté en conseil du 23 juin 1870; la Colombie-Britannique par arrêté en conseil du 16 mai 1871; et l'Île-du-Prince-Édouard par arrêté en conseil du 26 juin 1873. Comme tous ces arrêtés renferment des dispositions d'un caractère constitutionnel, ayant pour objet d'adapter les clauses de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique aux nouvelles provinces,—avec les variations nécessaires dans chaque cas,—ils doivent être considérés comme des modifications d'ordre constitutionnel.

Pour les motifs déjà énoncés, il faut faire un choix parmi ces précédents. On doit aussi les considérer du point de vue positif de même que du point de vue négatif.

Sur ces vingt-deux modifications ou groupes de modifications, cinq ont un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elles changent les pouvoirs législatifs provinciaux: il s'agit de la modification de 1930, du *Statut de Westminster, 1931*, et des mofidications de 1940, 1951 et 1964.

Aux termes des conventions confirmées par la modification de 1930, les provinces de l'Ouest ont reçu la propriété et le contrôle administratif de leurs ressources naturelles pour qu'elles soient sur un pied d'égalité à cet égard avec les colonies qui se sont unies à l'origine. Les provinces de l'Ouest ont toutefois reçu ces ressources naturelles assujetties à des restrictions sur leur pouvoir de légiférer relativement aux droits de chasse et de pêche des Indiens. En outre, ces conventions ont fourni un objet très important au pouvoir provincial de légiférer relativement à «l'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent» en vertu du par. 92(5) de l'*A.A.N.B.* Le titre complet de l'Acte est le suivant:

An Act to confirm and give effect to certain agreements entered into between the Government of the Dominion of Canada and the Governments of the Provinces of Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan respectively

The preamble of the Act recites that "each of the said agreements has been duly approved by the Parliament of Canada and by the Legislature of the Province to which it relates". The other provinces lost no power, right or privilege in consequence. In any event, the proposed transfer of natural resources to the western provinces had been discussed at the 1927 Dominion-Provincial Conference and had met with general approval: Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada* (1950), at pp. 91-92.

All the provinces agreed to the passing of the *Statute of Westminster, 1931*. It changed legislative powers: Parliament and the legislatures were given the authority, within their powers, to repeal any United Kingdom statute that formed part of the law of Canada; Parliament was also given the power to make laws having extraterritorial effect.

The 1940 amendment is of special interest in that it transferred an exclusive legislative power from the provincial legislatures to the Parliament of Canada.

In 1938, the Speech from the Throne stated:

The cooperation of the provinces has been sought with a view to an amendment of the British North America Act, which would empower the parliament of Canada to enact forthwith a national scheme of unemployment insurance. My ministers hope the proposal may meet with early approval, in order that unemployment insurance legislation may be enacted during the present session of parliament.

(Commons Debates, 1938, at p. 2.)

In November 1937, the Government of Canada had communicated with the provinces and asked for their views in principle. A draft amendment was later circulated. By March 1938, five of the nine provinces had approved the draft amendment. Ontario had agreed in principle, but Alberta, New Brunswick and Quebec had declined to join in. The proposed amendment was not proceeded with until

Acte pour confirmer et donner effet à certaines conventions passées entre le Gouvernement du Dominion du Canada et les Gouvernements des provinces du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan respectivement

Le préambule de l'Acte énonce que «le Parlement du Canada et la Législature de la Province à laquelle elle a trait ont approuvé chacune des dites conventions». Les autres provinces ne perdirent ni pouvoir ni droit ou privilège en conséquence. De toute façon le projet de transfert des ressources naturelles aux provinces de l'Ouest avait été discuté à la conférence Dominion-provinces de 1927 et avait recueilli l'approbation générale: Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*, 1950, aux pp. 91 et 92.

Toutes les provinces ont souscrit à l'adoption du *Statut de Westminster, 1931*. Il modifiait les pouvoirs législatifs: le Parlement et les législatures furent habilités, dans la limite de leurs pouvoirs, à abroger toutes lois du Royaume-Uni qui faisaient alors partie des lois du Canada; le Parlement fut également autorisé à faire des lois d'une portée extra-territoriale.

La modification de 1940 est d'un intérêt particulier en ce qu'elle transfère un pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales au Parlement du Canada.

En 1938, le discours du Trône déclarait:

Le Gouvernement a voulu s'assurer le concours des provinces aux fins d'apporter à l'Acte de l'Amérique britannique du Nord une modification autorisant le Parlement du Canada à établir sans délai un régime national d'assurance-chômage. Mes ministres espèrent que la proposition sera approuvée assez tôt pour qu'une loi sur l'assurance-chômage soit adoptée dès la présente session du Parlement.

(Débats des Communes, 1938, à la p. 2.)

En novembre 1937, le gouvernement du Canada était entré en rapport avec les provinces pour leur demander leur avis en principe. Plus tard, un projet de modification circula. Dès mars 1938, cinq des neuf provinces avaient approuvé le projet de modification. L'Ontario avait donné son accord de principe, mais l'Alberta, le Nouveau-Brunswick et le Québec avaient refusé de s'y joindre. Le

June 1940 when Prime Minister King announced to the House of Commons that all nine provinces had assented to the proposed amendment (see Paul Gérin-Lajoie, *supra*, at p. 106).

The 1951 and 1964 amendments changed the legislative powers: areas of exclusive provincial competence became areas of concurrent legislative competence. They were agreed upon by all the provinces.

These five amendments are the only ones which can be viewed as positive precedents whereby federal-provincial relationships were directly affected in the sense of changing legislative powers.

Every one of these five amendments was agreed upon by each province whose legislative authority was affected.

In negative terms, no amendment changing provincial legislative powers has been made since Confederation when agreement of a province whose legislative powers would have been changed was withheld.

There are no exceptions.

Furthermore, in even more telling negative terms, in 1951, an amendment was proposed to give the provinces a limited power of indirect taxation. Ontario and Quebec did not agree and the amendment was not proceeded with (see Commons Debates, 1951, at pp. 2682 and 2726-2743).

The Constitutional Conference of 1960 devised a formula for the amendment of the Constitution of Canada. Under this formula, the distribution of legislative powers could have been modified. The great majority of the participants found the formula acceptable but some differences remained and the proposed amendment was not proceeded with (see White Paper, at p. 29).

In 1964, a conference of first ministers unanimously agreed on an amending formula that would have permitted the modification of legislative powers. Quebec subsequently withdrew its agreement and the proposed amendment was not pro-

projet de modification n'eut pas de suite jusqu'en juin 1940 où le premier ministre King annonça à la Chambre des communes que les neuf provinces avaient donné leur accord au projet de modification (voir Paul Gérin-Lajoie, précité, à la p. 106).

Les modifications de 1951 et 1964 ont changé les pouvoirs législatifs: des domaines de compétence provinciale exclusive sont devenus des domaines de compétence législative concurrente. Toutes les provinces y ont donné leur accord.

Ces cinq modifications sont les seules que l'on peut considérer comme des précédents positifs qui ont eu un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elles ont modifié les pouvoirs législatifs.

Les cinq modifications ont reçu l'approbation de chacune des provinces dont le pouvoir législatif était ainsi touché.

En termes négatifs, on ne trouve depuis la Confédération aucune modification qui change les pouvoirs législatifs provinciaux sans l'accord d'une province dont les pouvoirs législatifs auraient ainsi été modifiés.

Il n'existe aucune exception.

En outre, en des termes négatifs encore plus éloquents, en 1951, un projet de modification fut mis de l'avant pour donner aux provinces un pouvoir limité en matière de taxation indirecte. L'Ontario et le Québec s'y opposèrent et le projet n'a pas eu de suite (voir Débats des Communes, 1951, aux pp. 2742 et 2786 à 2804).

La conférence constitutionnelle de 1960 avait élaboré une formule de modification de la Constitution du Canada. Aux termes de cette formule, la répartition des pouvoirs législatifs aurait pu être modifiée. La grande majorité des participants ont jugé la formule acceptable, mais il subsistait des divergences et le projet n'eut pas de suite (voir Livre blanc, à la p. 29).

En 1964, une conférence des premiers ministres adopta à l'unanimité une formule de modification qui aurait permis la modification des pouvoirs législatifs. Le Québec retira ultérieurement son accord et le projet n'eut pas de suite (voir Comité

ceeded with (see Senate House of Commons Special Joint Committees on Constitution of Canada, issue No. 5, August 23, 1978, at p. 14, Professor Lederman).

Finally, in 1971, proposed amendments which included an amending formula were agreed upon by the federal government and eight of the ten provincial governments. Quebec disagreed and Saskatchewan which had a new government did not take a position because it was believed the disagreement of Quebec rendered the question academic. The proposed amendments were not proceeded with (see Gérald A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs* (1980), at p. 349).

The accumulation of these precedents, positive and negative, concurrent and without exception, does not of itself suffice in establishing the existence of the convention; but it unmistakably points in its direction. Indeed, if the precedents stood alone, it might be argued that unanimity is required.

In the *Senate Reference (supra)*, this Court went a considerable distance in recognizing the significance of some of these precedents when it wrote at pp. 63-65:

The amendments of 1940, 1951, 1960 and 1964, respecting unemployment insurance, old age pensions, the compulsory retirement of judges and adding supplementary benefits to old age pensions all had the unanimous consent of the provinces.

. . .

The apparent intention of the 1949 amendment to the Act which enacted s. 91(1) was to obviate the necessity for the enactment of a statute of the British Parliament to effect amendments to the Act which theretofore had been obtained through a joint resolution of both Houses of Parliament and without provincial consent. Legislation enacted since 1949 pursuant to s. 91(1) has not, to quote the White Paper, "affected federal-provincial relationships". The following statutes have been enacted by the Parliament of Canada . . . .

The Court then enumerated the five amendments enacted by the Parliament of Canada pursuant to s. 91(1) of the *B.N.A. Act* and continued:

All of these measures dealt with what might be described as federal "house-keeping" matters which,

conjoint spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, n° 5, 23 août 1978, à la p. 14, M. le professeur Lederman).

Finalement, en 1971, des projets de modification qui comprenaient une formule de modification ont été approuvés par le gouvernement fédéral et huit des dix gouvernements provinciaux. Le Québec était en désaccord et la Saskatchewan qui avait un nouveau gouvernement n'a pas pris position parce qu'on estimait que le désaccord du Québec rendait la question théorique. Le projet n'eut pas de suite (voir Gérald A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, 1980, à la p. 349).

L'accumulation de ces précédents, positifs et négatifs, concordants et sans exception, ne suffit pas en soi à établir l'existence de la convention, mais indubitablement, elle nous oriente dans sa direction. D'ailleurs, si les précédents se trouvaient seuls, on pourrait alléguer que l'unanimité est requise.

Dans le *Renvoi sur le Sénat* (précité), cette Cour est allée assez loin lorsqu'elle a reconnu la signification de certains de ces précédents aux pp. 63 à 65:

Les modifications de 1940, 1951, 1960 et 1964, concernant l'assurance-chômage, les pensions de vieillesse, la retraite obligatoire des juges et des prestations supplémentaires aux pensions de vieillesse, ont toutes été faites du consentement unanime des provinces.

. . .

La modification de 1949 qui a édicté le par. 91(1) de l'Acte visait manifestement à obvier à la nécessité de la promulgation d'une loi par le Parlement britannique pour apporter à l'Acte des modifications qui, jusqu'alors, avaient été obtenues par une résolution conjointe des deux Chambres du Parlement sans le consentement des provinces. Les lois adoptées depuis 1949 en vertu du par. 91(1), n'ont pas, pour citer le Livre blanc, «porté atteinte aux relations fédérales-provinciales». Les lois suivantes ont été adoptées par le Parlement du Canada . . .

La Cour énumère alors les cinq modifications édictées par le Parlement du Canada conformément au par. 91(1) de l'*A.A.N.B.* et poursuit:

Toutes ces mesures portaient sur ce que l'on pourrait appeler des questions fédérales «internes» qui, selon la

according to the practice existing before 1949, would have been referred to the British Parliament by way of a joint resolution of both Houses of Parliament, and without the consent of the provinces.

In our respectful opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal fell into error on this issue in failing to differentiate between various types of constitutional amendments. The Quebec Court of Appeal put all or practically all constitutional amendments since 1867 on the same footing and, as could then be expected, concluded not only that the convention requiring provincial consent did not exist but also that there even appeared to be a convention to the contrary. (See the reasons of Crête C.J.Q. and Turgeon J.A. at pp. 94 and 105 of the case in the Quebec Reference, *supra*. Owen J.A. agreed with Turgeon J.A. on this issue, and Bélanger J.A. with both Crête C.J.Q. and Turgeon J.A.)

The Manitoba Court of Appeal was similarly misled, in our respectful opinion, but to a lesser extent, which perhaps explains that Freedman C.J.M. wrote at p. 21 of the Manitoba Reference, speaking for himself, Matas and Huband JJ.A. on this point:

> That we may be moving towards such a convention is certainly a tenable view. But we have not yet arrived there.

We do not think it is necessary to deal with classes of constitutional amendments other than those which change legislative powers or provide for a method to effect such change. But we will briefly comment on two amendments about which much has been made to support the argument against the existence of the convention. These are the amendment of 1907 increasing the scale of financial subsidies to the provinces and the amendment of 1949 confirming the Terms of Union between Canada and Newfoundland.

It was contended that British Columbia objected to the 1907 amendment which had been agreed upon by all the other provinces.

pratique antérieure à 1949, auraient été soumises au Parlement britannique par voie de résolution conjointe des deux Chambres du Parlement sans la consentement des provinces.

A notre avis, et nous l'exprimons avec égards, la majorité de la Cour d'appel du Québec a commis une erreur sur ce point en ne distinguant pas les différents types de modifications constitutionnelles. La Cour d'appel du Québec a mis toutes ou presque toutes les modifications constitutionnelles depuis 1867 sur un pied d'égalité et, comme on pouvait s'y attendre, a conclu non seulement à l'inexistence d'une convention exigeant le consentement des provinces mais même à l'existence apparente d'une convention à l'effet contraire. (Voir les motifs du juge Crête, juge en chef du Québec, et du juge Turgeon, aux pp. 94 et 105 du renvoi du Québec, précité. Le juge Owen a souscrit aux motifs du juge Turgeon sur ce point et le juge Bélanger à ceux du juge en chef Crête et du juge Turgeon.)

A notre avis, et nous l'exprimons également avec égards, la Cour d'appel du Manitoba a commis une erreur semblable mais de moindre portée ce qui explique peut-être que le juge en chef Freedman ait écrit à la p. 21, en son nom et au nom des juges Matas et Huband sur ce point:

> [TRADUCTION] On peut nettement faire valoir que nous nous dirigeons vers ce type de convention. Nous n'y sommes pas encore arrivés.

Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de traiter des catégories de modifications constitutionnelles autres que celles qui changent les pouvoirs législatifs ou prévoient une méthode pour ce faire. Mais nous allons brièvement traiter de deux modifications sur lesquelles on a insisté pour appuyer l'argument qu'il n'existe pas de convention. Il s'agit de la modification de 1907 qui a augmenté l'échelle des subventions financières aux provinces et de celle de 1949 qui sanctionne les conditions de l'union entre le Canada et Terre-Neuve.

On a allégué que la Colombie-Britannique s'est opposée à la modification de 1907 qu'avaient approuvée toutes les autres provinces.

Even if it were so, this precedent would at best constitute an argument against the unanimity rule.

But the fact is that British Columbia did agree in principle with the increase of financial subsidies to the provinces. It wanted more and objected to the proposed finality of the increase. The finality aspect was deleted from the amendment by the United Kingdom authorities. Mr. Winston Churchill, Under-Secretary of State for the Colonies made the following comment in the House of Commons:

> In deference to the representations of British Columbia the words "final and unalterable" applying to the revised scale had been omitted from the Bill.

(Commons Debates, (U.K.), June 13, 1907, at p. 1617.)

In the end, the Premier of British Columbia did not refuse to agree to the Act being passed (see A. B. Keith, *The Constitutional Law of the British Dominions* (1933), at p. 109).

With respect to the 1949 amendment, it was observed by Turgeon J.A. in the Quebec Reference that, without Quebec's consent, this amendment confirmed the Quebec-Labrador boundary as delimited in the report delivered by the Judicial Committee of the Privy Council on March 1, 1927.

The entry of Newfoundland into Confederation was contemplated from the beginning by s. 146 of the *B.N.A. Act*. It was at the request of Quebec in 1904 that the dispute relating to the boundary was ultimately submitted to the Judicial Committee (see Minute of Privy Council (Canada), P.C. 82 of M. April 18, 1904). Quebec participated in the litigation, being represented by counsel appointed and paid by the province, although the province did not intervene separately from Canada. When the 1949 amendment was passed, the Premier of Quebec is reported to have stated at a press conference simply that the province should have been "consulted" or "advised" as a matter of "courtesy". He is not reported as having said that the consent of the province was required. See Luce Patenaude, *Le Labrador à l'heure de la contestation* (1972), at pp. 6, 7, 13, 14, 193-94. The

Même si c'était le cas, ce précédent constituerait au mieux un argument contre la règle de l'unanimité.

Mais le fait est que la Colombie-Britannique avait effectivement accepté en principe l'augmentation des subventions financières aux provinces; elle en voulait davantage et s'opposait à la finalité proposée de l'augmentation. L'aspect finalité a été supprimé de la modification par les autorités du Royaume-Uni. M. Winston Churchill, sous-secrétaire d'Etat pour les colonies, a fait le commentaire suivant devant la Chambre des communes:

> [TRADUCTION] Par égard pour les arguments présentés par la Colombie-Britannique, les mots «final et immuable» appliqués à l'échelle révisée, ont été omis du projet de loi.

(Commons Debates, (R.-U.), 13 juin 1907, à la p. 1617.)

Finalement, le premier ministre de la Colombie-Britannique n'a pas refusé d'accepter l'adoption de la loi (voir A. B. Keith, *The Constitutional Law of the British Dominions*, 1933, à la p. 109).

Le juge Turgeon dans le renvoi du Québec a souligné que, sans le consentement du Québec, la modification de 1949 a confirmé la frontière Québec-Labrador qu'avait délimitée le rapport du Comité judiciaire du Conseil privé en date du 1er mars 1927.

L'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération était envisagée dès le début par l'art. 146 de l'*A.A.N.B.* C'est à la demande du Québec en 1904 que le litige relatif à la frontière a été finalement soumis au Comité judiciaire (voir Procès-verbal du Conseil privé (Canada), C.P. 82 M du 18 avril 1904). Le Québec participa à l'audition, représenté par un avocat nommé et payé par la province bien que celle-ci ne soit pas intervenue séparément du Canada. Lors de l'adoption de la modification de 1949, le premier ministre du Québec aurait dit à une conférence de presse simplement que la province aurait dû être «consultée» ou «avisée» par simple «courtoisie». On ne prétend pas qu'il ait dit que le consentement de la province était requis. Voir Luce Patenaude, *Le Labrador à l'heure de la contestation*, 1972, aux pp. 6, 7, 13, 14, 193 et 194. Le premier ministre de la Nouvelle-Écosse a

Premier of Nova Scotia spoke to the same effect. Neither premier made any formal demand or protest (see Paul Gérin-Lajoie, *supra*, at p. 129).

We fail to see how this precedent can affect the convention.

It was also observed by Turgeon J.A. in the Quebec Reference that the *Charter of Rights* annexed to the proposed Resolution for a Joint Address does not alter the distribution of powers between the Parliament of Canada and the provincial legislatures.

This observation may be meant as an argument to the effect that the five positive precedents mentioned above should be distinguished and ought not to govern the situation before the Court since in those five cases the distribution of legislative powers was altered.

To this argument we would reply that if provincial consent was required in those five cases, it would be *a fortiori* required in the case at bar.

Each of those five constitutional amendments effected a limited change in legislative powers, affecting one head of legislative competence such as unemployment insurance. Whereas, if the proposed *Charter of Rights* became law, every head of provincial (and federal) legislative authority could be affected. Furthermore, the *Charter of Rights* would operate retrospectively as well as prospectively with the result that laws enacted in the future as well as in the past, even before Confederation, would be exposed to attack if inconsistent with the provisions of the *Charter of Rights*. This Charter would thus abridge provincial legislative authority on a scale exceeding the effect of any previous constitutional amendment for which provincial consent was sought and obtained.

Finally, it was noted in the course of argument that in the case of four of the five amendments mentioned above where provincial consent effectively had been obtained, the statutes enacted by the Parliament at Westminster did not refer to this

parlé dans le même sens. Ni l'un ni l'autre n'a formulé de demande ni de protestation officielle (voir Paul Gérin-Lajoie, précité, à la p. 129).

Nous ne voyons pas en quoi ce précédent peut avoir un effet sur la convention.

Le juge Turgeon a aussi souligné dans le renvoi du Québec que la *Charte des droits* en annexe au projet de résolution d'adresse commune ne change pas la répartition des pouvoirs entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales.

Cette observation peut vouloir appuyer la proposition qu'il faut distinguer les cinq précédents positifs susmentionnés et que ces précédents ne devraient pas régir la situation soumise à la Cour puisque dans ces cinq ans, la répartition des pouvoirs législatifs a été modifiée.

Nous répondons à cet argument que si le consentement des provinces était requis dans ces cinq cas, il le serait *a fortiori* en l'espèce.

Chacune de ces cinq modifications constitutionnelles entraîne un changement limité des pouvoirs législatifs, relativement à un chef de compétence législative comme l'assurance-chômage. Alors que si le projet de *Charte des droits* devenait loi, chacun des chefs de compétence législative provinciale (et fédérale) pourrait être touché. En outre, la *Charte des droits* aurait un effet rétrospectivement de même que prospectivement de sorte que les lois édictées par une province à l'avenir de même que celles édictées dans le passé, même avant la Confédération, seraient susceptibles d'être attaquées en cas d'incompatibilité avec les dispositions de la *Charte des droits*. Cette Charte diminuerait donc l'autorité législative provinciale sur une échelle dépassant l'effet des modifications constitutionnelles antérieures pour lesquelles le consentement des provinces avait été demandé et obtenu.

Enfin, on a souligné au cours des plaidoiries que dans quatre des cinq modifications mentionnées ci-dessus auxquelles les provinces avaient effectivement donné leur consentement, celui-ci n'était pas mentionné dans les lois adoptées par le Parlement

consent. This does not alter the fact that consent was obtained.

ii) The actors treating the rule as binding

In the White Paper, one finds this passage at pp. 10-11:

PROCEDURES FOLLOWED IN THE PAST IN SECURING AMENDMENTS TO THE BRITISH NORTH AMERICA ACT

The procedures for amending a constitution are normally a fundamental part of the laws and conventions by which a country is governed. This is particularly true if the constitution is embodied in a formal document, as is the case in such federal states as Australia, the United States and Switzerland. In these countries, the amending process forms an important part of their constitutional law.

In this respect, Canada has been in a unique constitutional position. Not only did the British North America Act not provide for its amendment by Canadian legislative authority, except to the extent outlined at the beginning of this chapter, but it also left Canada without any clearly defined procedure for securing constitutional amendments from the British Parliament. As a result, procedures have varied from time to time, with recurring controversies and doubts over the conditions under which various provisions of the Constitution should be amended.

Certain rules and principles relating to amending procedures have nevertheless developed over the years. They have emerged from the practices and procedures employed in securing various amendments to the British North America Act since 1867. Though not constitutionally binding in any strict sense, they have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada.

In order to trace and describe the manner in which these rules and principles have developed, the approaches used to secure amendments through the Parliament of the United Kingdom over the past 97 years are described in the following paragraphs. Not all the amendments are included in this review, but only those that have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles.

de Westminster. Ceci ne change pas le fait que le consentement avait été obtenu.

ii) Les acteurs qui considèrent la règle comme obligatoire

Dans le Livre blanc on trouve le passage suivant aux pp. 10 et 11:

MÉTHODES ADOPTÉES DANS LE PASSÉ POUR MODIFIER L'ACTE DE L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE

La méthode prévue pour la modification de la constitution est généralement un aspect essentiel du droit qui régit un pays. Cela est particulièrement vrai lorsque la constitution est renfermée dans un texte officiel, comme c'est le cas dans des États fédéraux tels l'Australie, les États-Unis et la Suisse. Dans ces pays, la formule de modification est une partie importante de l'acte constitutif.

Le Canada se trouve, à cet égard, dans une situation exceptionnelle sur le plan constitutionnel. Non seulement l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'habilite aucune autorité législative canadienne à en modifier les dispositions, sauf dans la mesure indiquée au début du présent chapitre, mais il n'indique pas davantage une procédure clairement définie que le Canada pourrait suivre pour obtenir du Parlement britannique des modifications de la Constitution. En conséquence, les façons de procéder ont varié de temps à autre et ont donné lieu régulièrement à des controverses et à des incertitudes quant aux conditions auxquelles la modification de diverses dispositions de la Constitution doit être soumise.

Néanmoins, un certain nombre de règles et de principes, inspirés des méthodes et des moyens grâce auxquels diverses modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ont pu être obtenues depuis 1867, se sont dégagés au cours des années. Bien que n'ayant strictement aucun caractère obligatoire sur le plan constitutionnel, ils ont fini par être reconnus et acceptés dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada.

Dans le but d'identifier et de décrire les règles et principes qui se sont ainsi fait jour, les paragraphes qui suivent retracent l'historique des méthodes qui ont été employées depuis 97 ans pour obtenir du Parlement du Royaume-Uni des modifications de la Constitution. Cette revue ne porte pas sur toutes les modifications, mais seulement sur celles qui ont contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés.

There follows a list of fourteen constitutional amendments thought to "have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles". The White Paper then goes on to state these principles, at p. 15:

The first general principle that emerges in the foregoing resumé is that although an enactment by the United Kingdom is necessary to amend the British North America Act, such action is taken only upon formal request from Canada. No Act of the United Kingdom Parliament affecting Canada is therefore passed unless it is requested and consented to by Canada. Conversely, every amendment requested by Canada in the past has been enacted.

The second general principle is that the sanction of Parliament is required for a request to the British Parliament for an amendment to the British North America Act. This principle was established early in the history of Canada's constitutional amendments, and has not been violated since 1895. The procedure invariably is to seek amendments by a joint Address of the Canadian House of Commons and Senate to the Crown.

The third general principle is that no amendment to Canada's Constitution will be made by the British Parliament merely upon the request of a Canadian province. A number of attempts to secure such amendments have been made, but none has been successful. The first such attempt was made as early as 1868, by a province which was at that time dissatisfied with the terms of Confederation. This was followed by other attempts in 1869, 1874 and 1887. The British Government refused in all cases to act on provincial government representations on the grounds that it should not intervene in the affairs of Canada except at the request of the federal government representing all of Canada.

The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

The text which precedes the four general principles makes it clear that it deals with conventions.

Suit une liste de quatorze modifications constitutionnelles qui auraient «contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés». Le Livre blanc poursuit ensuite par l'énumération de ces principes, à la p. 15:

Les principes généraux suivants se dégagent du résumé qui précède:

Premièrement, bien qu'une loi du Royaume-Uni soit nécessaire pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, une telle loi n'est promulguée que sur la demande officielle du Canada. Le Parlement du Royaume-Uni n'adopte aucune loi touchant le Canada à moins qu'elle ne soit demandée et acceptée par le Canada; inversement, toute modification que le Canada a demandée dans le passé a été adoptée.

Deuxièmement, le Parlement du Canada doit autoriser toute demande au Parlement britannique de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Ce principe a été établi dès le début et l'on ne s'en est pas écarté depuis 1895. Une demande de modification prend invariablement la forme d'une adresse conjointe de la Chambre des Communes et du Sénat du Canada à Sa Majesté.

Troisièmement, le Parlement britannique ne peut procéder à une modification de la Constitution du Canada à la seule demande d'une province canadienne. Certaines tentatives ont été faites par des provinces dans ce sens, mais sans succès. La première, qui remonte à 1868, émanait d'une province qui n'était pas satisfaite à l'époque des conditions de la Confédération. D'autres ont suivi en 1869, 1874 et 1887. Le gouvernement britannique a chaque fois refusé de donner suite aux instances des gouvernements provinciaux, soutenant qu'il ne devait pas intervenir dans les affaires du Canada, sauf s'il en était requis par le gouvernement fédéral agissant au nom de tout le Canada.

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Le texte qui précède les quatre principes généraux indique clairement qu'il traite des conven-

It refers to the laws and conventions by which a country is governed and to constitutional rules which are not binding in any strict sense (that is in a legal sense) but which have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada. The first three general principles are statements of well-known constitutional conventions governing the relationships between Canada and the United Kingdom with respect to constitutional amendments.

In our view, the fourth general principle equally and unmistakably states and recognizes as a rule of the Canadian constitution the convention referred to in the second question of the Manitoba and Newfoundland References as well as in Question B of the Quebec Reference, namely that there is a requirement for provincial agreement to amendments which change provincial legislative powers.

This statement is not a casual utterance. It is contained in a carefully drafted document which had been circulated to all the provinces prior to its publication and had been found satisfactory by all of them (see Commons Debates, 1965, at p. 11574, and Background Paper published by the Government of Canada, *The Role of the United Kingdom in the Amendment of the Canadian Constitution* (March 1981), at p. 30). It was published as a white paper, that is as an official statement of government policy, under the authority of the federal Minister of Justice as member of a government responsible to Parliament, neither House of which, so far as we know, has taken issue with it. This statement is a recognition by all the actors in the precedents that the requirement of provincial agreement is a constitutional rule.

In the Manitoba Reference, Freedman C.J.M. took the view that the third sentence in the fourth general principle stated in the White Paper contradicted, and therefore negated, the first sentence.

With the greatest respect, this interpretation is erroneous. The first sentence is concerned with the existence of the convention, and the third sentence, not with its existence, but with the measure of

tions. Il se réfère au droit (et dans le texte anglais aux conventions) qui régit un pays et aux règles constitutionnelles qui, sans avoir strictement de caractère obligatoire (c'est-à-dire au sens juridique) ont fini par être reconnues et acceptées dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada. Les trois premiers principes généraux sont des énoncés de conventions constitutionnelles bien connues régissant les relations entre le Canada et le Royaume-Uni en ce qui concerne les modifications constitutionnelles.

A notre avis, le quatrième principe général énonce et reconnaît également et indubitablement comme une règle de la constitution canadienne la convention mentionnée dans la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve de même qu'à la question B du renvoi du Québec, savoir, qu'il faut obtenir l'accord provincial aux modifications qui changent les pouvoirs législatifs provinciaux.

Il ne s'agit pas d'une déclaration faite de manière casuelle. On la trouve dans un document soigneusement rédigé dont toutes les provinces ont pris connaissance avant sa publication et qu'elles ont toutes trouvé satisfaisant (voir Débats des Communes, 1965, à la p. 11764 et le texte documentaire publié par le gouvernement du Canada, *Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada* (mars 1981), à la p. 32). Il a été publié comme Livre blanc, soit comme l'exposé officiel d'une politique gouvernementale, sous l'autorité du ministre fédéral de la Justice en tant que membre d'un gouvernement responsable devant le Parlement et pour autant que nous sachions, aucune chambre ne l'a contesté. Par cette déclaration, tous les acteurs dans les précédents reconnaissent que l'exigence d'un consentement provincial est une règle constitutionnelle.

Dans le renvoi du Manitoba, le juge en chef Freedman s'est dit d'avis que la troisième phrase du quatrième principe général énoncé dans le Livre blanc contredit et donc annule la première phrase.

Avec égards, cette interprétation est erronée. La première phrase vise l'existence de la convention et la troisième, non pas son existence mais le degré d'assentiment provincial nécessaire à l'égard de

provincial agreement which is necessary with respect to this class of constitutional amendment. It seems clear that while the precedents taken alone point at unanimity, the unanimity principle cannot be said to have been accepted by all the actors in the precedents.

This distinction is illustrated by statements made by Prime Minister King in the House of Commons in 1938 and 1940 with respect to the unemployment insurance amendment.

In 1938, some provinces had not yet assented to the unemployment insurance amendment and one finds the following exchange in the Commons Debates, 1938, at p. 1747:

Right Hon. R. B. BENNETT (Leader of the Opposition): Perhaps the Prime Minister would not object to a supplementary question: Does he conceive it necessary or desirable that all the provinces should agree before action is taken?

Mr. MACKENZIE KING: I do not think this is the moment to answer that question. We had better wait and see what replies we get in the first instance.

In 1940, Mr. J. T. Thorson, not then a member of the government, took issue with the contention that it was necessary to obtain the consent of the provinces before an application is made to amend the *B.N.A. Act*. Mr. Lapointe replied:

May I tell my hon. friend that neither the Prime Minister nor I have said that it is necessary, but it may be desirable.

(Commons Debates, 1940, at p. 1122.)

But what the Prime Minister had said in fact was this:

We have avoided anything in the nature of coercion of any of the provinces. Moreover we have avoided the raising of a very critical constitutional question, namely, whether or not in amending the British North America Act it is absolutely necessary to secure the consent of all the provinces, or whether the consent of a certain number of provinces would of itself be sufficient. That

cette catégorie de modification constitutionnelle. Il semble clair que bien que les précédents pris isolément favorisent la thèse de l'unanimité, l'on ne peut dire que tous les acteurs dans les précédents aient accepté le principe de l'unanimité.

Les déclarations du premier ministre King à la Chambre des communes en 1938 et 1940 sur la modification relative à l'assurance-chômage illustrent cette distinction.

En 1938, certaines provinces n'avaient pas encore donné leur assentiment à la modification relative à l'assurance-chômage et l'on trouve le dialogue suivant dans les Débats de la Chambre des communes, 1938, à la p. 1795:

Le très hon. R. B. BENNETT (chef de l'opposition): Le premier ministre me permettra peut-être de lui poser une question de plus: Croit-il nécessaire ou désirable une entente préalable entre les provinces avant d'agir? *

Le très hon. MACKENZIE KING: Je ne crois pas le moment opportun de répondre à cette question. Mieux vaudrait attendre que nous ayons pris tout d'abord connaissance des réponses que nous recevrons.

En 1940, M. J. T. Thorson, qui n'était pas membre du gouvernement à cette époque, a contesté la prétention qu'il était nécessaire d'obtenir l'assentiment des provinces avant de présenter une demande de modification de l'*A.A.N.B.* M. Lapointe répondit:

Je puis dire à mon honorable ami que ni le premier ministre ni moi n'avons dit que cela est nécessaire; nous avons dit que cela est désirable.

(Débats des Communes, 1940, à la p. 1157.)

Mais en fait, voici ce que le premier ministre avait dit:

Nous avons évité tout ce qui aurait pu passer pour une pression sur les provinces et nous avons évité, en outre, une question d'ordre constitutionnel très grave, celle de savoir si, en modifiant l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, il est nécessaire d'obtenir l'assentiment de toutes les provinces, ou si le consentement d'un certain nombre d'entre elles aurait pu suffire. Cette question

* Suivant le texte anglais, texte original, Monsieur Bennett demande si une entente préalable entre toutes les provinces est nécessaire ou désirable.

question may come up but not in reference to unemployment insurance at some time later on.

(Commons Debates, 1940, at p. 1117.)

This statement expressed some uncertainty as to whether unanimity is a necessity, but none as to whether substantial provincial support is required.

As for Mr. Lapointe's reply, it is non-committal and must be qualified by several other statements he made indicating the necessity of provincial consent (for instance: Commons Debates, 1924, at p. 520; Commons Debates, 1925, at p. 298; Commons Debates, 1931, at pp. 1477-78 and Commons Debates, 1940, at p. 1110).

Prime Minister Bennett had expressed a similar concern with respect to the unanimity rule during the Dominion-Provincial Conference of 1931. He is reported to have said:

As to the requirement of unanimity for change in the British North America Act this would mean that one Province, say Prince Edward Island, might absolutely prevent any change. No state at present required unanimity. Australia does not; nor does South Africa, a bi-lingual country. From one point of view he [Mr. Bennett] could recognize that unanimity might be desirable, but from another it seemed to be wholly out of keeping with present political developments in the British Empire and indeed in the world. There must, of course, be safeguards for minorities but there must be no absolute rigidity as regards change.

(Report of Dominion-Provincial Conference, 1931, at pp. 8-9.)

We were referred to an abundance of declarations made by Canadian politicians on this issue. A few are unfavourable to the provincial position but they were generally made by politicians such as Mr. J. T. Thorson who were not ministers in office and could not be considered as "actors in the precedents".

Most declarations made by statesmen favour the conventional requirement of provincial consent. We will quote only two such declarations.

pourra se présenter plus tard mais, au sujet de l'assurance-chômage . . .

(Débats des Communes, 1940 à la p. 1153.)

Cette déclaration laisse planer un doute sur le point de savoir si l'unanimité est nécessaire, mais aucun sur le point de savoir si un appui provincial appréciable est requis.

Quant à la réponse de M. Lapointe, elle est neutre et on doit l'accompagner de plusieurs autres déclarations qu'il a faites indiquant la nécessité du consentement des provinces (par exemple: Débats des Communes, 1924, aux pp. 515 et 516; Débats des Communes, 1925, aux pp. 299 et 300; Débats des Communes, 1931, aux pp. 1467 et 1468; Débats des Communes, 1940, à la p. 1145).

Le premier ministre Bennett avait pris une attitude semblable à l'égard de la règle de l'unanimité au cours de la conférence Dominion-provinces de 1931. Selon le compte rendu, il aurait dit:

[TRADUCTION] Quant à l'exigence de l'unanimité pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, ceci signifierait qu'une seule province, par exemple l'Île-du-Prince-Édouard, pourrait totalement bloquer tout changement. Aucun État ne requiert actuellement l'unanimité. L'Australie ne le fait pas; pas plus que l'Afrique du Sud, un pays bilingue. D'un certain point de vue, il [M. Bennett] pouvait reconnaître que l'unanimité pouvait être désirable, mais d'un autre, cela semble totalement irréaliste vu l'évolution politique actuelle de l'Empire britannique et qui plus est du monde entier. Il doit évidemment exister des mécanismes de protection pour les minorités, mais il ne doit pas y avoir de rigidité absolue à l'égard du changement.

(Compte rendu de la conférence Dominion-provinces, 1931, aux pp. 8 et 9.)

On nous a cité une multitude de déclarations de politiciens canadiens sur ce point. Quelques-unes sont défavorables à la position provinciale, mais elles émanent généralement de politiciens qui, comme M. J. T. Thorson, n'étaient pas ministres en poste et qu'on ne saurait considérer comme des «acteurs dans les précédents».

La plupart des déclarations émanant d'hommes d'Etat sont favorables à l'exigence conventionnelle du consentement des provinces. Nous n'en citerons que deux.

In discussing the 1943 amendment, Mr. St. Laurent argued that the amendment did not alter the allocation of federal and provincial powers. He said:

Hon. L. S. ST. LAURENT (Minister of Justice):

. . .

I would readily concede to hon. members that if there were to be any suggested amendment to change the allocation of legislative or administrative jurisdiction as between the provinces, on the one hand, and the federal parliament, on the other, it could not properly be done without the consent of the organism that was set up by the constitution to have powers that would assumedly be taken from that organism.

. . .

I submit that it would have been quite improper to take away from the provinces without their consent anything that they had by the constitution.

(Commons Debates, 1943, at p. 4366.)

The statement is addressed at constitutional propriety which is the terminology ordinarily used for conventions.

In 1960, it was suggested to Prime Minister Diefenbaker that his proposed *Canadian Bill of Rights* be entrenched in the Constitution and made binding on the provinces as would be the *Charter of Rights* annexed to the proposed Resolution for a Joint Address. Here is how he dealt with this suggestion:

They say, if you want to make this effective it has to cover the provinces too. Any one advocating that must realize the fact that there is no chance of securing the consent of all the provinces.

. . .

As far as constitutional amendment is concerned, it is impossible of attainment at this time.

Mr. Winch: Why?

Mr. Diefenbaker: Simply because of the fact that the consent of the provinces to any interference with property and civil rights cannot be secured.

. . .

I also want to add that if at any time the provinces are prepared to give their consent to a constitutional amendment embodying a bill of rights comprising these free-

En discutant la modification de 1943, M. St-Laurent a fait valoir qu'elle ne changeait pas la répartition des pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il dit:

L'honorable L. S. ST-LAURENT (ministre de la Justice):

. . .

[NOTRE TRADUCTION] Je suis prêt à concéder aux honorables députés que si l'on devait proposer des modifications qui changent la répartition des compétences législatives ou administratives entre les provinces d'une part et le Parlement fédéral de l'autre, on ne saurait convenablement le faire sans le consentement de l'organisme à qui la constitution a conféré les pouvoirs que l'on chercherait à lui enlever.

. . .

A mon avis, il aurait été tout à fait inconvenant d'enlever aux provinces sans leur consentement quelque chose qui, de par la constitution, leur revient.

(Débats des Communes, 1943, à la p. 4485.)

La déclaration vise les convenances, c'est-à-dire la conformité aux usages, ce qui est la terminologie ordinairement utilisée pour les conventions constitutionnelles.

En 1960, on a suggéré au premier ministre Diefenbaker que son projet de *Déclaration canadienne des droits* soit enchâssé dans la Constitution et lie les provinces comme le ferait la *Charte des droits* annexée au projet de résolution d'adresse commune. Voici comment il a traité de cette suggestion:

D'aucuns prétendent que pour être efficace, la mesure doit s'étendre aux provinces également. Ils doivent se rendre compte qu'il est impossible d'obtenir le consentement de toutes les provinces.

. . .

Pour ce qui est d'une modification constitutionnelle, elle est impossible à réaliser à l'heure actuelle.

M. Winch: Pourquoi?

Le très hon. M. Diefenbaker: Tout simplement parce qu'on ne pourrait obtenir l'assentiment des provinces à des dispositions qui toucheraient aux droits de propriété et aux droits civils.

. . .

Je tiens à ajouter que, si jamais les provinces sont disposées à donner leur accord à une modification constitutionnelle comprenant une déclaration des droits qui

doms, there will be immediate co-operation from this government. We will forthwith introduce a constitutional amendment covering not only the federal, but the provincial jurisdictions when and if there is consent by the provinces everywhere in this country.

(Commons Debates, 1960, at pp. 5648-49.)

Prime Minister Diefenbaker was clearly of the view that the *Canadian Bill of Rights* could not be entrenched in the Constitution and made to apply to the provinces without the consent of all of them. We have also indicated that while the precedents point at unanimity, it does not appear that all the actors in the precedents have accepted the unanimity rule as a binding one.

In 1965, the White Paper had stated that

The nature and the degree of provincial participation in the amending process ... have not lent themselves to easy definition.

Nothing has occurred since then which would permit us to conclude in a more precise manner.

Nor can it be said that this lack of precision is such as to prevent the principle from acquiring the constitutional *status* of a conventional rule. If a consensus had emerged on the measure of provincial agreement, an amending formula would quickly have been enacted and we would no longer be in the realm of conventions. To demand as much precision as if this were the case and as if the rule were a legal one is tantamount to denying that this area of the Canadian constitution is capable of being governed by conventional rules.

Furthermore, the Government of Canada and the governments of the provinces have attempted to reach a consensus on a constitutional amending formula in the course of ten federal-provincial conferences held in 1927, 1931, 1935, 1950, 1960, 1964, 1971, 1978, 1979 and 1980 (see Gérald A. Beaudoin, *supra*, at p. 346). A major issue at these conferences was the quantification of provincial consent. No consensus was reached on this issue. But the discussion of this very issue for more than fifty years postulates a clear recognition by all the governments concerned of the principle that a

énoncerait ces libertés, le gouvernement s'empressera de collaborer. Nous présenterons sans tarder une modification constitutionnelle, englobant non seulement la compétence fédérale mais aussi celle des provinces, dès que toutes les provinces y consentiront.

(Débats des Communes, 1960, aux pp. 5891 et 5892.)

Le premier ministre Diefenbaker était nettement d'avis que la *Déclaration canadienne des droits* ne pouvait être enchâssée dans la Constitution et devenir applicable aux provinces sans leur consentement à toutes. Nous avons aussi indiqué que bien que les précédents favorisent l'unanimité, il ne semble pas que tous les acteurs dans les précédents aient accepté que la règle de l'unanimité les lie.

En 1965, le Livre blanc énonçait:

Il n'a pas été facile ... de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Il ne s'est rien produit depuis cette époque qui nous permettrait de conclure de façon plus précise.

On ne peut pas dire non plus que ce manque de précision est tel qu'il empêche le principe d'acquérir le *statut* constitutionnel de règle conventionnelle. Si un consensus s'était dégagé sur le degré d'accord provincial nécessaire, une formule de modification aurait rapidement été adoptée et nous ne nous trouverions plus dans le domaine des conventions. Exiger autant de précision que s'il en était ainsi et que s'il s'agissait d'une règle de droit revient à nier que ce secteur de la constitution canadienne peut être régi par des règles conventionnelles.

En outre, le gouvernement du Canada et les gouvernements des provinces ont tenté d'en venir à un consensus sur une formule de modification au cours des dix conférences fédérales-provinciales tenues en 1927, 1931, 1935, 1950, 1960, 1964, 1971, 1978, 1979 et 1980 (voir Gérald A. Beaudoin, précité, à la p. 346). Un problème majeur à ces conférences était la mesure du consentement provincial. Aucun consensus ne s'est dégagé sur ce point. Mais la discussion de ce point précis depuis plus de cinquante ans postule que tous les gouvernements en cause reconnaissent clairement le prin-

substantial degree of provincial consent is required.

It would not be appropriate for the Court to devise in the abstract a specific formula which would indicate in positive terms what measure of provincial agreement is required for the convention to be complied with. Conventions by their nature develop in the political field and it will be for the political actors, not this Court, to determine the degree of provincial consent required.

It is sufficient for the Court to decide that at least a substantial measure of provincial consent is required and to decide further whether the situation before the Court meets with this requirement. The situation is one where Ontario and New Brunswick agree with the proposed amendments whereas the eight other provinces oppose it. By no conceivable standard could this situation be thought to pass muster. It clearly does not disclose a sufficient measure of provincial agreement. Nothing more should be said about this.

iii) A reason for the rule

The reason for the rule is the federal principle. Canada is a federal union. The preamble of the *B.N.A. Act* states that

> ... the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united ...

The federal character of the Canadian Constitution was recognized in innumerable judicial pronouncements. We will quote only one, that of Lord Watson in *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, *supra*, at pp. 441-42:

> The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy.

The federal principle cannot be reconciled with a state of affairs where the modification of provin-

cipe qu'un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire.

Il ne convient pas que la Cour conçoive dans l'abstrait une formule précise qui indiquerait en termes positifs quel degré de consentement provincial est nécessaire pour que la convention soit respectée. Les conventions, de par leur nature, s'élaborent dans l'arène politique et il revient aux acteurs politiques, et non à cette Cour, de fixer l'étendue du consentement provincial nécessaire.

Il suffit que la Cour décide qu'au moins un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire et décide ensuite si la situation qu'on lui soumet y satisfait. En l'espèce, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick sont d'accord avec les projets de modification alors que les huit autres provinces s'y opposent. Aucune norme concevable ne permettrait de penser que cette situation est à la hauteur. Elle ne révèle nettement pas un degré d'accord provincial suffisant. On ne peut rien ajouter d'utile à cet égard.

iii) Une raison d'être de la règle

La raison d'être de la règle est le principe fédéral. Le Canada est une union fédérale. Le préambule de l'*A.A.N.B.* énonce que

> ... les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale ...

D'innombrables déclarations judiciaires reconnaissent le caractère fédéral de la constitution canadienne. Nous n'en citerons qu'une, celle de lord Watson dans l'arrêt *Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New Brunswick*, précité, aux pp. 441 et 442:

> [TRADUCTION] Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie.

Le principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des auto-

cial legislative powers could be obtained by the unilateral action of the federal authorities. It would indeed offend the federal principle that "a radical change to . . . [the] constitution [be] taken at the request of a bare majority of the members of the Canadian House of Commons and Senate" (Report of Dominion Provincial Conference, 1931, at p. 3).

This is an essential requirement of the federal principle which was clearly recognized by the Dominion-Provincial Conference of 1931. This conference had been convened to consider the proposed Statute of Westminster as well as a draft of s. 7 which dealt exclusively with the Canadian position.

At the opening of the conference, Prime Minister Bennett said:

> It should be noted that nothing in the Statute confers on the Parliament of Canada the power to alter the constitution.
>
> The position remained that nothing in the future could be done to amend the British North America Act except as the result of appropriate action taken in Canada and in London. In the past such appropriate action had been an address by both Houses of the Canadian Parliament to the Parliament at Westminster. It was recognized, however, that this might result in a radical change to our constitution taken at the request of a bare majority of the members of the Canadian House of Commons and Senate. The original draft of the Statute appeared, in the opinion of some provincial authorities, to sanction such a procedure, but in the draft before the conference this was clearly not the case.

(Report of Dominion-Provincial Conference, 1931, at pp. 3-4.)

This did not satisfy Premier Taschereau of Quebec who, the next day, said (at p. 12):

> Do we wish the British North America Act to be amended at the request of the Dominion only, without the consent of the Provinces? Do we wish it to be amended by the Parliament of Canada? Quebec could not accept either of these suggestions. She was not prepared to agree that the British North America Act might be amended without the consent of the Provinces.

rités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux. Il irait vraiment à l'encontre du principe fédéral qu'«un changement radical de [la] constitution [soit décidé] à la demande d'une simple majorité des membres de la Chambre des communes et du Sénat canadiens» (Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, à la p. 3).

C'est là un élément essentiel du principe fédéral clairement reconnu à la conférence Dominion-provinces de 1931. Cette conférence fut convoquée pour examiner le projet de Statut de Westminster de même qu'un projet d'art. 7 qui se rapportait exclusivement à la situation canadienne.

A l'ouverture de la conférence, le premier ministre Bennett a déclaré:

> [TRADUCTION] Il faut noter que rien dans le Statut ne confère au Parlement du Canada le pouvoir de modifier la constitution.
>
> La situation qui prévaut est qu'aucune modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne pourra être faite à l'avenir si ce n'est par suite d'une action appropriée au Canada et à Londres. Par le passé, cette action appropriée s'est concrétisée dans une adresse des deux chambres du Parlement canadien au Parlement de Westminster. On a toutefois reconnu que ceci pourrait entraîner un changement radical de notre constitution à la demande d'une simple majorité des membres de la Chambre des communes et du Sénat canadiens. Le projet initial du Statut semblait, de l'avis de certains gouvernements provinciaux, sanctionner pareille procédure, mais dans le projet soumis à la conférence, ce n'était pas du tout le cas.

(Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, aux pp. 3 et 4.)

Cette déclaration n'a pas satisfait le premier ministre Taschereau du Québec qui déclarait le lendemain (à la p. 12):

> [TRADUCTION] Voulons-nous que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique soit modifié à la demande du Dominion seulement, sans le consentement des provinces? Voulons-nous qu'il soit modifié par le Parlement du Canada? Le Québec ne peut accepter aucune de ces suggestions. Il n'est pas prêt à convenir que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique puisse être modifié sans le consentement des provinces.

Mr. Geoffrion, of the Quebec delegation, suggested an amendment to s. 7(1) of the draft statute, in order to meet the difficulty.

Prime Minister Bennett replied (at p. 13):

Our purpose is to leave things as they are and we are definitely trying not to do what Mr. Taschereau suggests may be done.

The following day, the conference had before it another draft of s. 7 the first paragraph of which was the one which was ultimately adopted. Premier Taschereau was not yet reassured (at p. 18):

Mr. Taschereau said that so far as the repeal of the Colonial Laws Validity Act was concerned he had no objection to make. Further, the new draft of Section 7 struck him favourably, but more time was necessary for its consideration. However, the Statute, both in its preamble and in Section 4 still, by implication, gave the Dominion the sole right to request an amendment of the British North America Act. It put in black and white what had been the practice of the past. Can we be assured, he asked, that the Government of the Dominion will make no request for an amendment of the British North America Act at Westminster without the consent of the Provinces?

Prime Minister Bennett replied (at pp. 19-20):

Mr. Bennett felt that Mr. Taschereau's fears concerning the amendment of the constitution by Dominion action alone were dealt with by Sub-section 1 of the new Section 7. Mr. Taschereau replied that he realised that the power in respect to amendment was not altered by the Statute, but that the practice in that connection had been put down in black and white, and that practice, which left out the Provinces, was not satisfactory.

Mr. Bennett did not feel that the statute went so far. It was his opinion that in minor amendments such as a change in the quorum of the House of Commons there was no reason for consulting the Provinces, but that in more important amendments, such as the distribution of legislative power, the Provinces should, of course, be consulted.

. . .

Previous amendments to the British North America Act had been non-controversial, but Mr. Taschereau could assure his colleagues that there would be no amendment

M. Geoffrion de la délégation du Québec proposa une modification au par. 7(1) du projet de loi afin de régler la difficulté.

Le premier ministre Bennett répondit (à la p. 13):

[TRADUCTION] Notre but est de laisser les choses en l'état et nous essayons précisément de ne pas faire ce qui, selon M. Taschereau, pourrait en résulter.

Le lendemain, la conférence était saisie d'un autre projet d'art. 7 dont le premier alinéa est celui qui fut adopté en définitive. Le premier ministre Taschereau n'était toujours pas rassuré (à la p. 18):

[TRADUCTION] M. Taschereau a déclaré que dans la mesure où l'abrogation de la Loi relative à la validité des lois des colonies est en cause, il n'a aucune objection à faire. En outre, il juge favorablement le nouveau projet d'article 7, mais il a besoin de plus de temps pour l'examiner. Toutefois, tant dans son préambule que dans son article 4, le Statut donne toujours implicitement au Dominion le seul droit de demander une modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il met noir sur blanc ce qui a été la pratique par le passé. Pouvons-nous être sûr, a-t-il demandé, que le gouvernement du Dominion ne demandera pas une modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique à Westminster sans le consentement des provinces?

Le premier ministre Bennett répondit (aux pp. 19 et 20):

[TRADUCTION] M. Bennett a estimé que le paragraphe 1 du nouvel article 7 devrait mettre fin aux craintes de M. Taschereau concernant la modification de la constitution par l'action unilatérale du Dominion. M. Taschereau répondit qu'il voyait bien que le pouvoir de modification n'était pas changé par le Statut, mais que la pratique à cet égard avait été mise noir sur blanc et que cette pratique, qui exclut les provinces, n'est pas satisfaisante.

Selon M. Bennett, le Statut ne va pas si loin. A son avis, pour des modifications mineures telles que le changement du quorum de la Chambre des communes, il n'y avait aucune raison de consulter les provinces, mais pour des modifications plus importantes, telle la répartition des pouvoirs législatifs, il faudrait naturellement les consulter.

. . .

Des modifications antérieures de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'avaient pas soulevé de controverse, mais M. Taschereau pouvait assurer ses collègues

to the constitution of Canada in its federal aspect without consulting the Provinces which, it must be remembered had the same powers within their domain that the Dominion has within hers.

Several other premiers shared the concern of Premier Taschereau. It was to meet this concern that s. 7(1) of the *Statute of Westminster, 1931* was re-drafted. What the re-drafting accomplished as a matter of law is an issue which arises under the third question of the Manitoba and Newfoundland References. But the fact that an attempt was made to do something about it as a matter of law carries all the more weight on the conventional plane.

It is true also that Prime Minister Bennett spoke of consultation of the provinces rather than of their consent but this must be understood in the light of his previously quoted statement expressing his reluctance to accept the unanimity principle.

Furthermore, as was stated in the fourth general principle of the White Paper, the requirement of provincial consent did not emerge as early as other principles, but it has gained increasing recognition and acceptance since 1907 and particularly since 1930. This is clearly demonstrated by the proceedings of the Dominion-Provincial Conference of 1931.

Then followed the positive precedents of 1940, 1951 and 1964 as well as the abortive ones of 1951, 1960 and 1964, all discussed above. By 1965, the rule had become recognized as a binding constitutional one formulated in the fourth general principle of the White Paper already quoted reading in part as follows:

The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces.

The purpose of this conventional rule is to protect the federal character of the Canadian Constitution and prevent the anomaly that the House of Commons and Senate could obtain by simple resolutions what they could not validly accomplish by statute.

qu'il n'y aurait aucune modification de l'aspect fédéral de la Constitution du Canada sans consultation des provinces qui, il faut s'en souvenir, ont les mêmes pouvoirs dans leur domaine respectif que le Dominion dans le sien.

Plusieurs premiers ministres partageaient l'inquiétude du premier ministre Taschereau. C'est dans cette optique que le par. 7(1) du *Statut de Westminster, 1931* fut reformulé. L'effet juridique de cette nouvelle version est un point que soulève la troisième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve. Mais le fait qu'il y ait eu une tentative d'action du point de vue juridique donne encore plus d'impact sur le plan conventionnel.

Il est également vrai que le premier ministre Bennett parlait de consultation des provinces plutôt que de leur consentement, mais il faut interpréter cela à la lumière de sa déclaration précitée où il exprime sa répugnance à accepter le principe de l'unanimité.

En outre, comme on peut le lire dans le quatrième principe général du Livre blanc, l'exigence du consentement provincial ne s'est pas concrétisée aussi tôt que d'autres principes, mais à partir de 1907 et en particulier de 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Le compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931 le démontre clairement.

Viennent ensuite les précédents positifs de 1940, 1951 et 1964 de même que les précédents négatifs de 1951, 1960 et 1964, tous discutés ci-dessus. En 1965, la règle était reconnue comme une règle constitutionnelle obligatoire formulée dans le quatrième principe général du Livre blanc déjà cité qui se lit en partie comme suit:

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment.

Le but de cette règle conventionnelle est de protéger le caractère fédéral de la constitution canadienne et d'éviter l'anomalie par laquelle la Chambre des communes et le Sénat pourraient obtenir par simple résolution ce qu'ils ne pourraient validement accomplir par une loi.

It was contended by counsel for Canada, Ontario and New Brunswick that the proposed amendments would not offend the federal principle and that, if they became law, Canada would remain a federation. The federal principle would even be re-inforced, it was said, since the provinces would as a matter of law be given an important role in the amending formula.

It is true that Canada would remain a federation if the proposed amendments became law. But it would be a different federation made different at the instance of a majority in the Houses of the federal Parliament acting alone. It is this process itself which offends the federal principle.

It was suggested by counsel for Saskatchewan that the proposed amendments were perhaps severable; that the proposed *Charter of Rights* offended the federal principle in that it would unilaterally alter legislative powers whereas the proposed amending formula did not offend the federal principle.

To this suggestion we cannot accede. Counsel for Canada (as well as counsel for other parties and all interveners) took the firm position that the proposed amendment formed an unseverable package. Furthermore, and to repeat, whatever the result, the process offends the federal principle. It was to guard against this process that the constitutional convention came about.

IV—Conclusion

We have reached the conclusion that the agreement of the provinces of Canada, no views being expressed as to its quantification, is constitutionally required for the passing of the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada" and that the passing of this Resolution without such agreement would be unconstitutional in the conventional sense.

We would, subject to these reasons, answer Question 2 of the Manitoba and Newfoundland References and that part of Question B in the Quebec Reference which relates to conventions as follows:

Les procureurs du Canada, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick ont soutenu que les projets de modification ne vont pas à l'encontre du principe fédéral et que, s'ils devenaient lois, le Canada serait toujours une fédération. Le principe fédéral serait même renforcé, a-t-on dit, puisque les provinces auraient juridiquement un rôle important à jouer vu la formule de modification.

Il est vrai que le Canada resterait une fédération si les projets de modification devenaient lois. Mais ce serait une fédération différente devenue telle à la demande d'une majorité des Chambres du Parlement fédéral agissant seul. C'est ce processus même qui va à l'encontre du principe fédéral.

Le procureur de la Saskatchewan a suggéré que le projet de modification était peut-être divisible; que le projet de *Charte des droits* allait à l'encontre du principe fédéral puisqu'il changerait unilatéralement les pouvoirs législatifs alors que le projet de formule de modification ne porterait pas atteinte au principe fédéral.

Nous ne pouvons accéder à cette suggestion. Les procureurs du Canada (de même que ceux des autres parties et de tous les intervenants) ont adopté la position ferme que le projet de modification constitue un ensemble indivisible. De plus, et pour répéter, quel que soit le résultat, le processus porte atteinte au principe fédéral. C'est en tant que protection contre ce processus que la convention constitutionnelle est née.

IV—Conclusion

Sans exprimer d'opinion sur son degré, nous en venons à la conclusion que le consentement des provinces du Canada, est constitutionnellement nécessaire à l'adoption du «Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada» et que l'adoption de cette résolution sans ce consentement serait inconstitutionnelle au sens conventionnel.

Sous réserve de ces motifs, nous sommes d'avis de répondre à la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie de la question B du renvoi du Québec qui porte sur les conventions de la façon suivante:

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

Yes.

[TRANSLATION]

B. Does the Canadian Constitution empower ... by ... convention ... the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

No.

The questions referred to have been answered as follows:

a) Questions 1, 2 and 3 of the Manitoba and Newfoundland References:

Question 1: Yes.

Question 2: Yes. (The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting.)

Question 3: As a matter of constitutional convention, "yes". (The Chief Justice and Estey and McIntyre dissenting.)

As a matter of law, "no". (Martland and Ritchie JJ. dissenting.)

b) Question 4 of the Newfoundland Reference:

Question 4: As expressed in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal, subject to the correc-

2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Oui.

B. La constitution canadienne habilite-t-elle ... par ... convention ... le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Non.

Les questions soumises ont reçu les réponses suivantes:

a) Questions 1, 2 et 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve:

Question 1: Oui.

Question 2: Oui. (Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents.)

Question 3: Du point de vue de la convention constitutionnelle «oui». (Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents.)

Du point de vue juridique «non». (Les juges Martland et Ritchie dissidents.)

b) Question 4 du renvoi de Terre-Neuve:

Question 4: Celle exprimée dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve avec la modification

tion made in the reasons herein.

c) Questions A and B of the Quebec Reference:

Question A: (i) Yes.
(ii) Yes.

Question B: (i)(a) By statute, no.

(b) By convention, no. (The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting.)

(c) As a matter of law, yes. (Martland and Ritchie JJ. dissenting.)

(ii)(a) By statute, no.

(b) By convention, no. (The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting.)

(c) As a matter of law, yes. (Martland and Ritchie JJ. dissenting.)

Solicitor for the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the Attorney General of Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Solicitor for the Attorney General of Newfoundland: Ronald G. Penney, St-John.

Solicitor for the Attorney General of Quebec: Daniel Jacoby, Quebec.

Solicitor for the Attorney General for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Solicitors for the Attorney General for Alberta: Ross W. Painsley and William Henkel, Edmonton.

Solicitors for the Attorney General of British Columbia: Russell & Dumoulin, Vancouver.

Solicitor for the Attorney General of Nova Scotia: Gordon F. Coles, Halifax.

apportée dans les présents motifs.

c) Questions A et B du renvoi du Québec:

Question A: (i) Oui.
(ii) Oui.

Question B: (i)a) Par statut, non.

b) Par convention, non. (Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents.)

c) Du point de vue juridique, oui.
(Les juges Martland et Ritchie dissidents.)

(ii)a) Par statut, non.

b) Par convention, non. (Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents.)

c) Du point de vue juridique, oui.
(Les juges Martland et Ritchie dissidents.)

Procureur du procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur du procureur général du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Procureur du procureur général de Terre-Neuve: Ronald G. Penney, St-Jean.

Procureur du procureur général du Québec: Daniel Jacoby, Québec.

Procureur du procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Procureurs du procureur général de l'Alberta: Ross W. Painsley et William Henkel, Edmonton.

Procureurs du procureur général de la Colombie-Britannique: Russell & Dumoulin, Vancouver.

Procureur du procureur général de la Nouvelle-Écosse: Gordon F. Coles, Halifax.

Solicitor for the Attorney General of Prince Edward Island: Arthur J. Currie, Charlottetown.

Solicitor for the Attorney General for Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Solicitor for the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Solicitors for the Four Nations Confederacy Inc.: Taylor, Brazzell & McCaffrey, Winnipeg.

Procureur du procureur général de l'Ile-du-Prince-Edouard: Arthur J. Currie, Charlottetown.

Procureur du procureur général de l'Ontario: H. Allan Leal, Toronto.

Procureur du procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

Procureurs de Four Nations Confederacy Inc.: Taylor, Brazzell et McCaffrey, Winnipeg.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Police – Application for leave to appeal on effect of statute after Ontario Court of Appeal refused leave on particular issue from judgment of Ontario Divisional Court – Leave to appeal to intermediate appellate court granted on other issues – The Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1970, c. 374, s. 11.

NICHOLSON v. HALDIMAND-NORFOLK REGIONAL BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 92.

2. Civil procedure – Declaratory judgment – Expropriation of Olympic Village – Jurisdiction of arbitration committee – Act respecting the Olympic Village, 1976 (Qué.), c. 43, ss. 6, 10, 27 – Civil Code, art. 407 – Code of Civil Procedure, art. 453.

TERRASSES ZAROLEGA INC. *et al.* v. RÉGIE DES INSTALLATIONS OLYMPIQUES, 94.

3. Unemployment Insurance – Power to revoke reduction granted for previous years – Judicial authority – Unemployment Insurance Act, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended, ss. 64(4), 64(6), 70, 75 and Regulations, s. 24 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.

EMPLOYMENT AND IMMIGRATION COMMISSION OF CANADA v. MACDONALD TOBACCO INC., 401.

4. Jurisdiction of Federal Court of Appeal – Appointment by Public Service Commission – Whether opportunity for advancement prejudicially affected – "In the opinion of the Commission" – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21.

NENN v. THE QUEEN, 631.

5. Jurisdiction – Boards – Regulation of energy and energy resources – Affirmative action program – Whether or not Board had jurisdiction to make energy project approval conditional on inclusion of affirmative action project.

ATHABASCA TRIBAL COUNCIL v. AMOCO CANADA PETROLEUM CO. LTD. *et al.*, 699.

APPEAL

1. Motion for leave to appeal – Motion refused.

NICHOLSON v. HALDIMAND-NORFOLK REGIONAL BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 92.

2. Practice – Delay for hearing the appeal – Appeal held abandoned – Leave granted for a rehearing – Rehearing of motion to extend the time for hearing the appeal and to reinscribe the appeal for hearing – Appeal deemed not to have been abandoned – Rules of the Supreme Court of Canada, rule 61.

KIRSCH *et al.* v. THE QUEEN (*Rehearing of motion*), 438.

CIVIL CODE

1.—Article 6(4) 29
See: CONFLICT OF LAWS

2.—Article 245 29
See: MINORS

3.—Article 407 94
See: ADMINISTRATIVE LAW

4.—Articles 1025, 1026, 1065, 1067, 1070 553
See: CIVIL PROCEDURE

5.—Article 1053 578
See: NEGLIGENCE

6.—Articles 1067, 1673 424
See: CIVIL PROCEDURE

7.—Article 1522 260
See: SALE

8.—Article 2013 *et seq.* 12
See: CIVIL LAW

CIVIL LAW

1. Contractor's privilege – Whether privilege originates on the date of the work contract or when work begins – Civil Code, art. 2013 *et seq.*

ARMOR ASCENSEUR QUÉBEC LTÉE v. CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC, 12.

2. Prescription beyond limits of title – Ten-year and thirty-year prescription – Code of Civil Procedure, art. 806.

LAVOIE v. MICHAUD, 445.

CIVIL PROCEDURE

1. Authorization to bring a class action – Colour of right – Meaning of the phrase "seem to justify" – Obligations of carrier – Commencing legal action and putting in default – Code of Civil Procedure, arts. 752, 847, 1002, 1003(b) – Civil Code, arts. 1067, 1673.

COMITÉ RÉGIONAL DES USAGERS DES TRANSPORTS EN COMMUN DE QUÉBEC v. QUEBEC URBAN COMMUNITY TRANSIT COMMISSION, 424.

2. Authorization to bring a class action – "Adequate representation" of group members – Conclusion unenforceable – Certain and determinate thing – Oral amendment in Supreme Court – Interest and putting in default – Code of Civil Procedure, arts. 469, 1003, 1005 – Civil Code, arts. 1025, 1026, 1065, 1067, 1070.

NAULT v. CANADIAN CONSUMER CO. LTD., 553.

CIVIL RIGHTS

Discrimination – Affirmative action program – Racial criteria – Whether or not affirmative action criteria in breach of Alberta's Individual's Rights Protection Act – The Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 1970, c. 267, ss. 5, 43(1), (2), (3) – The Energy Resources Conservation Act, 1971 (Alta.), c. 30, ss. 2, 24(1), (2), 42(1) – The Individual's Rights Protection Act 1972 (Alta.), c. 2, ss. 6(1), 7(1), (2), 11.1(1), (2), (3).

ATHABASCA TRIBAL COUNCIL v. AMOCO CANADA PETROLEUM CO. LTD. *et al.*, 699.

CODE OF CIVIL PROCEDURE

1.—Article 68 578
See: NEGLIGENCE
2.—Article 453 94
See: ADMINISTRATIVE LAW
3.—Articles 469, 1003, 1005 553
See: CIVIL PROCEDURE
4.—Article 475 280
See: MUNICIPAL LAW
5.—Articles 752, 847, 1002, 1003(b) 424
See: CIVIL PROCEDURE
6.—Article 806 445
See: CIVIL LAW
7.—Articles 851, 855 29
See: MINORS
8.—Articles 955, 956, 985 67
See: CONSTITUTIONAL LAW

CONFLICT OF LAWS

Appellants, the natural parents, residing in Ontario – Respondents, with custody, domiciled in Quebec – Civil Code, art. 6(4) – Adoption Act, R.S.Q. 1977, c. A-7, ss. 1(b), 1(d), 6(a), 15, 16, 17 – The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73, am. by 1971 (Ont.), vol. 2, c. 98, s. 4(1) and 1975 (Ont.), c. 1, s. 31.

PAQUETTE *et al.* v. GALIPEAU *et al.*, 29.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Driving while being disqualified – Sphere of provincial legislation – National effect to provincial licence suspension – True object and character of enactment – Whether *ultra vires* Parliament – British North America Act, 1867, s. 91(27) – Criminal Code, s. 238(3).

BOGGS v. THE QUEEN, 49.

2. Procedure – Small Claims Division of the Provincial Court – Whether constitutional to exclude representation by Counsel – Code of Civil Procedure, arts. 955, 956, 985.

NISSAN AUTOMOBILE CO. (CANADA) LTD. *et al.* v. PELLETIER *et al.*, 67.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

3. Jurisdiction – Application by power company for approval by provincial board of construction of transmission line within province to point near provincial border – Connection to power system of another province proposed – Whether or not the project a work or undertaking connecting the provinces and therefore within area of exclusive federal legislative competence – British North America Act, s. 92(10)(a) – The Hydro and Electric Energy Act, 1971 (Alta.), c. 49, ss. 14(2)(b), 14(2.1).

FULTON *et al.* v. ENERGY RESOURCES CONSERVATION BOARD *et al.*, 153.

4. Power of Attorney General of Canada to institute prosecution for conspiring to import drugs – Application of decision in Hauser – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(1) – Criminal Code, ss. 2, 115(2), 423(1) – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27 – British North America Act, ss. 91(27), 92(14).

R. v. AZIZ, 188.

5. Application of s. 133 B.N.A. Act to regulations adopted by the government, municipal and school by-laws, regulations of the civil administration and of semi-public agencies and to rules of practice of the courts – Charter of the French Language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 7 to 13 – B.N.A. Act, ss. 92(8), 93, 129, 133 – Supreme Court Rules, rule 61.

ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC v. BLAIKIE *et al.*, 312.

6. Courts – Landlords and tenants – Provincial commission empowered to evict tenants and to enforce obligations of landlords and tenants – Whether or not grant of powers to Commission *ultra vires* – The Residential Tenancies Act, 1979, 1979 (Ont.), c. 78 – British North America Act, R.S.C. 1970, s. 96.

RE RESIDENTIAL TENANCIES ACT, 1979, 714.

7. Amendment of the Constitution – Power to amend – Authority to the two federal Houses to proceed by Resolution where federal-provincial relationships are affected – Whether a convention can crystallize into law – Sovereignty of the provinces in respect of their powers under the B.N.A. Act – British North America Act, 1867, 1867 (U.K.), c. 3 as amended, ss. 18, 91, 92, 146 – Statute of Westminster, 1931, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 2, 3, 4, 5, 7 – The Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4, 5 – Bill of Rights, 1689 (Engl.), c. 2, s. 9.

RE: RESOLUTION TO AMEND THE CONSTITUTION, 753.

8. Constitutional convention – Constitutional amendment – Proposed constitutional amendment affecting provincial powers – Eight provinces opposing the Resolution – Whether or not provincial consent required by constitutional convention – Degree of consent – British North America Act, 1867, 1867 (U.K.), c. 3 as amended, ss. 9, 15, 91(1), 92(1), 92(5) – Statute of Westminster, 1931, 1931 (U.K.), c. 4, s. 7(1).

RE: RESOLUTION TO AMEND THE CONSTITUTION, 753.

CONTRACTS

1. Mistake – Tender on construction contract – Mistake in calculation of bid discovered by respondent after tenders

CONTRACTS—Concluded

opened – Appellants notified of mistake before tender accepted – Respondent declined to enter into agreement – Whether or not appellants entitled to consider deposit forfeited.

R. IN RIGHT OF ONTARIO *et al.* v. RON ENGINEERING & CONSTRUCTION (EASTERN) LTD., 111.

2. Formation – Acceptance – Delivering of acceptance – Counter offer initialled within time limit – Acceptance letter dated, posted and received after time limit – Letter accompanying counter offer suggesting return as soon as possible – Whether or not effective acceptance creating valid contract.

SCHILLER *et al.* v. FISHER *et al.*, 593.

COURTS

1. Jurisdiction – Federal Court of Canada – Trial Division – Canadian maritime law – Third party proceedings, while related to action in maritime law, based in tort and contract – Whether or not jurisdiction to entertain third party proceeding – British North America Act, s. 91.10 – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), (2), 42 – The Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29, ss. 3, 4 – An Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England, 1840 (U.K.), c. 65, s. 6 – The Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31 – Colonial Courts of Admiralty Act, 1890, 1890 (U.K.), c. 27.

WIRE ROPE INDUSTRIES OF CANADA (1966) LTD. v. B.C. MARINE SHIPBUILDERS LTD. *et al.*, 363.

2. Practice – Hearing of appeal postponed – Appeal deemed to be abandoned – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2).

KIRSCH *et al.* v. THE QUEEN (*Motion*), 437.

CRIMINAL LAW

1. Warrant to seize firearms – Owner of land refusing entry to police officers – Warrant to seize not including right to search – Criminal Code, ss. 105(1), 618(2)(a) – Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(2).

COLET v. THE QUEEN, 2.

2. Conviction for driving while disqualified – Underlying provincial legislation – Suspension or cancellation by simple administrative or judicial action – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(1), (2), (3) as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 19(1), (2), (3) – The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, ss. 13, 20(1), 30, 138(4) – The Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1970, c. 281, ss. 2, 3, 4, 5; 9, 10, as amended by 1973 (Ont.), c. 13, ss. 3, 4, 6, 7.

BOGGS v. THE QUEEN, 49.

3. Refusal of a child to testify – Conviction for contempt of court – Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 8, 28 – Criminal Code, ss. 8, 9.

VAILLANCOURT v. THE QUEEN, 69.

CRIMINAL LAW—Continued

4. Procedure – Conspiracy to import drugs – Indictment laid by Attorney General of Canada – Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(1) – Criminal Code, s. 423(1).

R. v. AZIZ, 188.

5. R.C.M.P. officer acting as "prosecutor" – Indictable offence – New trial or acquittal – Criminal Code, ss. 2, 236(1), 426, 427, 482, 483, 484(2), 487, 720, 721, 722, 747.

EDMUNDS v. THE QUEEN, 233.

6. Election of trial by judge and jury – Whether accused may elect the forum in which to be tried as well as the mode of trial – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended by 1974-75-76, c. 93, ss. 429.1, 464, 482, 484, 492(3), 497(d), 507.

SZPYT v. THE QUEEN, 248.

7. Appeal – No question of law alone on which dissent in Court of Appeal – Appeal dismissed.

R. v. SHERWOOD AND RICARD, 335.

8. Judge's charge to jury – Failure to summarize certain testimony – Failure to simplify expert testimony.

THÉRIAULT v. THE QUEEN, 336.

9. Fraud and conspiracy charge – Credibility of accused's testimony – Conviction – Criminal Code, ss. 338(1), 423(1)(d).

HÉBERT v. THE QUEEN, 361.

10. Convictions for conspiring to affect public market price of shares – Prosecution evidence by accomplices – Judge left jurors the option of considering corroborative parts of evidence – Parts suggested to jurors as corroborative in fact were not corroborative – Error of law – Section 613(1)(b)(iii) not applicable – New trial ordered – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338(2), 423(1)(d), 613(1)(b)(iii).

KIRSCH *et al.* v. THE QUEEN, 440.

11. Murder – "Unlawful object" – Defence of drunkenness – Reference to Hansard – Previous Court decision not to be followed – Criminal Code, ss. 205(5)(a), 212(a)(i), 212(a)(ii), 212(c).

R. v. VASIL, 469.

12. Defence – Compulsion – Charge of rape – "Assisting in rape" precluded from the defence but not rape – Appellant claiming duress – Whether or not rape excluded from defence of compulsion – If available, whether or not sufficient evidence to put defence to the jury – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17.

BERGSTROM v. THE QUEEN, 539.

13. Indecent assault – Question of consent – Accused did not testify – Uncontradicted evidence of the complainant – Complainant's statements at trial inconsistent with statements given previously – None of these statements related to consent – Trial judge pointing to the jury the danger of convicting on the complainant's evidence alone – Trial judge adequately directing the jury – Criminal Code, s. 149(1).

RHYNARD *et al.* v. THE QUEEN, 564.

14. Drunk driving charge – *Viva voce* evidence – Whether statutory rebuttable presumption applicable – Whether proof of

CRIMINAL LAW—Concluded

suitability of substance necessary – Criminal Code, ss. 237(1)(c), 237(1)(f).

LIGHTFOOT v. THE QUEEN, 566.

15. Attempted armed robbery – Unlawful pointing of firearm – Evidence accused in dissociative state as result of combination of factors including brain damage and drunkenness – Defence of non-insane automatism – On appeal, dissociative state considered disease of the mind – No evidence of non-insane automatism to be left with jury – Order for new trial upheld – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 83(1)(a), 84(1)(a), 421(a).

REVELLE v. THE QUEEN, 576.

16. Admissibility of confession – Whether disguised police officer a "person in authority" – Whether confession voluntary – *Voir dire.*

ROTHMAN v. THE QUEEN, 640.

EXPROPRIATION

Municipal by-law – Vested rights – Number of zones – Indemnity determined by Public Service Board – Homologation by Superior Court – Indemnity upheld.

BLANCHETTE *et al.* v. MUNICIPAL CORPORATION OF BÉCANCOUR, 77.

INDIANS

Hunting rights – Treaty Indian hunting for food in traditional hunting area charged with hunting in Wildlife Management Unit contrary to Saskatchewan Game Act – Wildlife Management Unit in area covered by treaty – Indians' rights to hunt on unoccupied Crown land and other land to which they had a right of access preserved by federal-provincial Natural Resources Agreement – Whether or not Wildlife Management Unit occupied Crown land – If so, whether or not land to which appellant had a right of access – The Game Act, 1967, 1967 (Sask.), c. 78, s. 9(a) – British North America Act, 1930, 1930 (Imp.), c. 26.

MOOSEHUNTER v. THE QUEEN, 282.

INFANTS

Adoption – Voluntary surrender – Subsequent withdrawal of consent – Statutory provision for withdrawal of voluntary surrender prior to child's placement – Consent withdrawn the day after child surrendered but not prior to the child's placement – Whether or not respondent entitled to the return of her child – The Child Welfare Act, 1974 (Man.), c. C80, s. 15(1), (2), (4), (6).

DIRECTOR OF CHILD WELFARE (MANITOBA) *et al.* v. Y, 625.

INSURANCE

Policy interpretation – Fire and explosion clause – Epoxy resin overheating – Whether or not explosion or imminent peril of explosion occurred giving rise to liability for damages.

LIVERPOOL & LONDON & GLOBE INS. CO. LTD. *et al.* v. CANADIAN GENERAL ELECTRIC CO. LTD., 600.

LABOUR LAW

1. Public Service – Tenure of position – Bilingualism – Regulation exempting employees in bilingual positions from statutory linguistic requirements – Operation of Public Service Official Languages Exclusion Order – Right to remain in or to be reinstated to former position – Employer's management rights as opposed to employee's rights to remain in position – Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 31 – Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1) – Public Service Official Languages Exclusion Order, SOR/77-886, s. 6(a).

KELSO v. THE QUEEN, 199.

2. Application for review of description of bargaining unit – Canada Labour Relations Board – Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a), (b) and (c) – Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 119.

CKCV (QUÉBEC) LTÉE v. CANADA LABOUR RELATIONS BOARD, 411.

3. Collective agreement – Arbitration – Enforcement – Statutory provision for collective agreement binding on province's colleges – Award made against college not party to suit – Whether or not appellants bound by arbitration award – The Colleges Collective Bargaining Act, 1975, 1975 (Ont.), c. 74, s. 47(1), (5), (7).

ISABELLE *et al.* v. ONTARIO PUBLIC SERVICE EMPLOYEES UNION, 449.

LABOUR RELATIONS

1. Grievances – Probationary employee – Dismissal on probation – Grievance procedure under collective agreement not available to employees while on probation – Adjudicator dismissed grievance submitted under collective agreement, allowed the grievance under s. 91(1) of New Brunswick's Public Service Labour Relations Act and awarded reinstatement – On application for *certiorari*, adjudicator's decision upheld, with the exception of the award – Appellant appealed and respondent cross-appealed variation of award – Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 65, 91(1), 92(1), 96(2).

R. IN RIGHT OF THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK v. LEEMING *et al.*, 129.

2. Grievances – Probationary employee – Dismissal on probation – Grievance procedure under collective agreement not available to employees while on probation – Adjudicator dismissed grievance submitted under collective agreement, allowed the grievance under s. 91(1) of New Brunswick's

LABOUR RELATIONS—Concluded

Public Service Labour Relations Act and awarded reinstatement – On application for *certiorari*, adjudicator's decision upheld, with the exception of the award – Appellant appealed and respondent cross-appealed variation of award – Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 65, 91(1), 92(1), 96(2).

LEEMING *et al.* v. THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, 129.

3. Civil Service – Dismissal – Extent of Crown's right to dismiss civil servant – Effect of labour contract – Whether or not Crown's right to dismiss superseded by labour agreement – Civil Service Act, R.S.N.S. 1967, c. 34, ss. 9, 22, 57 – Civil Service Joint Council Act, R.S.N.S. 1967, c. 35, ss. 3, 8 – Nova Scotia Government Employees Association Act, 1973 (N.S.), c. 136, s. 6(d).

NOVA SCOTIA GOVERNMENT EMPLOYEES ASSOCIATION *et al.* v. CIVIL SERVICE COMMISSION OF NOVA SCOTIA *et al.*, 211.

LAW OF PROFESSIONS

Chartered accountant and licensed general accountant – "Acting in such a way as to lead to the belief" – Information wording – Professional Code, 1973 (Que.), c. 43, ss. 32, 37(b) – Chartered Accountants Act, 1973 (Que.), c. 64, s. 24.

ORDER OF CHARTERED ACCOUNTANTS OF QUEBEC v. GOULET, 295.

MARITIME LAW

1. Shipping – Compulsory pilotage – Safety considerations to underlie pilotage regulations – Effect of possible bias in formulation of pilotage regulations – Validity of inclusion of ship's flag as consideration in exemption from or waiver of compulsory pilotage – Severability of that consideration – Pilotage Act, 1971 (Can.), c. 52, ss. 12, 14, 16(1) – Pacific Pilotage Regulations, C.R.C., c. 1270, ss. 9, 10.

ALASKA TRAINSHIP CORPORATION *et al.* v. PACIFIC PILOTAGE AUTHORITY, 261.

2. Collision – Negligence – Liability of owner of vessel – Applicability of statutory limitation to liability – Whether or not loss occurred without actual fault or privity of vessel's owner – Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647(2), 649(1).

VACCHER *et al.* v. KAUFMAN *et al.*, 301.

3. Barge lost at sea – Towline socket failure – Socket resocketed under contract – Tug's contract requiring seaworthiness at outset of voyage – No liability of due diligence proved – Whether or not tug owner liable – Whether or not third party liable to indemnify other parties for loss of third party negligent in resocketing process.

WIRE ROPE INDUSTRIES OF CANADA (1966) LTD. v. B.C. MARINE SHIPBUILDERS LTD. *et al.*, 363.

MECHANICS' LIENS

Priorities – Mortgagee and lien holder – Funds advanced prior to rise of lien but mortgage only taken as security after rise of lien and with no notice of lien – Mortgage registered prior to registration of lien – The Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, ss. 7(3), (4), 14(1), 16, 20, 21, 22 – The Registry Act, R.S.O. 1970, c. 409, ss. 69(1), 70.

DORBERN INVESTMENTS LTD. v. PROVINCIAL BANK OF CANADA, 459.

MINORS

Adoption – Writ of *habeas corpus* quashed – Custody of natural child given to respondents for adoption purposes – Validity of consent – Withdrawal of consent – Civil Code, art. 245 – Code of Civil Procedure, arts. 851, 855 – Adoption Act, R.S.Q. 1977, c. A-7, ss. 1(b), 1(d), 6(a), 15, 16, 17 – The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73, am. by 1971 (Ont.), vol. 2, c. 98, s. 4(1) and 1975 (Ont.), c. 1, s. 31.

PAQUETTE *et al.* v. GALIPEAU *et al.*, 29.

MORTGAGES

Interest – Calculation – Payment clause providing for interest at stated rate per annum and for interest due and payable monthly.

METROPOLITAN TRUST CO. *et al.* v. MORENISH LAND DEVELOPMENTS LTD., 171.

MUNICIPAL LAW

1. By-laws – Municipal Act provision for licensing and regulating of public garages authority for passing by-law imposing restrictions of business premises – Whether or not authority to license or regulate a specified trade or business included by-laws touching on amenities of premises from which trade or business carried on – The Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 354(1), para. 131.

TEXACO CANADA LTD. v. CORPORATION OF CITY OF VANIER, 254.

2. Valuation – Finding of municipal assessor challenged – Application of a sale subsequent to assessment to establishment of real value of industrial complex – Valuation on the rolls upheld by Revision Board – Real Estate Assessment Act, 1971 (Que.), c. 50 as amended – Code of Civil Procedure, art. 475.

CONGOLEUM CANADA LTD. *et al.* v. MONTREAL URBAN COMMUNITY *et al.*, 280.

NEGLIGENCE

1. Motor vehicles – Respondent taxi driver struck while on duty by appellant's negligently-driven car during course of authorized test-drive by employee of garage repairing it – Respondent's action against the driver barred by legislation –

NEGLIGENCE—Concluded

Driver deemed to be agent or employee of car owner – Whether or not action against car owner similarly barred – Workers' Compensation Act, 1968 (B.C.), c. 59, s. 10(1) – Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, c. 253, s. 70(1).

MUNRO *et al.* v. GIBB, 42.

2. Conflict of laws – Action for damages brought in Quebec – Declinatory exception – "Place where the whole cause of action has arisen" – Choice between contractual and delictual systems of liability – Jurisdiction of Quebec court – Civil Code, art. 1053 – Code of Civil Procedure, art. 68.

WABASSO LTD. v. NATIONAL DRYING MACHINERY CO., 578.

NEGOTIABLE INSTRUMENTS

Promissory notes – Sum certain – Interest to be paid "from date of advance" – Extrinsic evidence needed to determine date – Whether or not sum uncertain preventing instrument from being promissory note within the meaning of the Bills of Exchange Act – Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 28, 176(1), 186.

MACLEOD SAVINGS & CREDIT UNION LTD. v. PERRETT, 78.

PATENTS

Infringement – Validity – Specification – Anticipation – Novelty – Double patenting and required division of original application – Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 2, 28(1)(a),(b),(c), 36(1), (2), 38, 45(1)(a),(b), 63(1)(b).

CONSOLBOARD INC. v. MACMILLAN BLOEDEL (SASK.) LTD., 504.

SALE

Motor vehicles – Hidden defects – Legal warranty – Conventional warranty – Liability of manufacturer – Privity – Tardy action – Civil Code, art. 1522.

DESAULNIERS v. FORD MOTOR CO. OF CANADA LTD., 260.

STATUTES

1.—Act respecting the Olympic Village, 1976 (Qué.), c. 43, ss. 6, 10, 27. 94
See: ADMINISTRATIVE LAW

2.—Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England, 1840 (U.K.), c. 65, s. 6. 363
See: COURTS

3.—Admiralty Act, 1891, 1891 (Can.), c. 29, ss. 3, 4. 363
See: COURTS

STATUTES—Continued

4.—Admiralty Act, 1934, 1934 (Can.), c. 31. 363
See: COURTS

5.—Adoption Act, R.S.Q. 1977, c. A-7, ss. 1(b), 1(d), 6(a), 15, 16, 17. 29
See: MINORS

6.—Adoption Act, R.S.Q. 1977, c. A-7, ss. 1(b), 1(d), 6(a), 15, 16, 17. 29
See: CONFLICT OF LAWS

7.—B.N.A. Act, ss. 92(8), 93, 129, 133. 312
See: CONSTITUTIONAL LAW

8.—B.N.A. Act, s. 133. 312
See: CONSTITUTIONAL LAW

9.—Bill of Rights, 1689 (Engl.), c. 2, s. 9. 755
See: CONSTITUTIONAL LAW

10.—Bills of Exchange Act, R.S.C. 1970, c. B-5, ss. 28, 176(1), 186. 78
See: NEGOTIABLE INSTRUMENTS

11.—British North America Act, 1867, s. 91(27). 49
See: CONSTITUTIONAL LAW

12.—British North America Act, s. 92(10)(a). 153
See: CONSTITUTIONAL LAW

13.—British North America Act, ss. 91(27), 92(14). 188
See: CONSTITUTIONAL LAW

14.—British North America Act, 1930, 1930 (Imp.), c. 26. 282
See: INDIANS

15.—British North America Act, s. 91.10. 363
See: COURTS

16.—British North America Act, R.S.C. 1970, s. 96. 714
See: CONSTITUTIONAL LAW

17.—British North America Act, 1867, 1867 (U.K.), c. 3 as amended, ss. 9, 15, 91(1), 92(1), 92(5). 755
See: CONSTITUTIONAL LAW

18.—British North America Act, 1867, 1867 (U.K.), c. 3 as amended, ss. 18, 91, 92, 146. 755
See: CONSTITUTIONAL LAW

19.—Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 119. 411
See: LABOUR LAW

20.—Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647(2), 649(1). 301
See: MARITIME LAW

21.—Charter of the French Language, R.S.Q. 1977, c. C-11, ss. 7 to 13. 312
See: CONSTITUTIONAL LAW

22.—Chartered Accountants Act, 1973 (Que.), c. 64, s. 24. 295
See: LAW OF PROFESSIONS

STATUTES—Continued

23.—Child Welfare Act, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73, am. by 1971 (Ont.), vol. 2, c. 98, s. 4(1) and 1975 (Ont.), c. 1, s. 31 29
See: MINORS

24.—Child Welfare Act, R.S.O. 1970, c. 64, s. 73, am. by 1971 (Ont.), vol. 2, c. 98, s. 4(1) and 1975 (Ont.), c. 1, s. 31 29
See: CONFLICT OF LAWS

25.—Child Welfare Act, 1974 (Man.), c. C80, s. 15(1), (2), (4), (6) 625
See: INFANTS

26.—Civil Service Act, R.S.N.S. 1967, c. 34, ss. 9, 22, 57 211
See: LABOUR RELATIONS

27.—Civil Service Joint Council Act, R.S.N.S. 1967, c. 35, ss. 3, 8 211
See: LABOUR RELATIONS

28.—Colleges Collective Bargaining Act, 1975, 1975 (Ont.), c. 74, s. 47(1), (5), (7) 449
See: LABOUR LAW

29.—Colonial Courts of Admiralty Act, 1890, 1890 (U.K.), c. 27 363
See: COURTS

30.—Criminal Code, ss. 105(1), 618(2)(a) 2
See: CRIMINAL LAW

31.—Criminal Code, s. 238(3) 49
See: CONSTITUTIONAL LAW

32.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 238(1), (2), (3) as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 19(1), (2), (3) 49
See: CRIMINAL LAW

33.—Criminal Code, ss. 8, 9 69
See: CRIMINAL LAW

34.—Criminal Code, ss. 2, 115(2), 423(1) 188
See: CONSTITUTIONAL LAW

35.—Criminal Code, s. 423(1) 188
See: CRIMINAL LAW

36.—Criminal Code, ss. 2, 236(1), 426, 427, 482, 483, 484(2), 487, 720, 721, 722, 747 233
See: CRIMINAL LAW

37.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended by 1974-75-76 (Can.), c. 93, ss. 429.1, 464, 482, 484, 492(3), 497(d), 507 248
See: CRIMINAL LAW

38.—Criminal Code, ss. 338(1), 423(1)(d) 361
See: CRIMINAL LAW

39.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 623(2) 437
See: COURTS

40.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 338(2), 423(1)(d), 613(1)(b)(iii) 440
See: CRIMINAL LAW

STATUTES—Continued

41.—Criminal Code, ss. 205(5)(a), 212(a)(i), 212(a)(ii), 212(c) 469
See: CRIMINAL LAW

42.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 17 539
See: CRIMINAL LAW

43.—Criminal Code, s. 149(1) 564
See: CRIMINAL LAW

44.—Criminal Code, ss. 237(1)(c), 237(1)(f) 566
See: CRIMINAL LAW

45.—Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 83(1)(a), 84(1)(a), 421(a) 576
See: CRIMINAL LAW

46.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 2, 22(1), (2), 42 363
See: COURTS

47.—Energy Resources Conservation Act, 1971 (Alta.), s. 30, ss. 2, 24(1), (2), 42(1) 699
See: CIVIL RIGHTS

48.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 401
See: ADMINISTRATIVE LAW

49.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28(1)(a), (b) and (c) 411
See: LABOUR LAW

50.—Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28 631
See: ADMINISTRATIVE LAW

51.—Financial Administration Act, R.S.C. 1970, c. F-10, s. 7(1) 199
See: LABOUR LAW

52.—Game Act, 1967, 1967 (Sask.), c. 78, s. 9(a) 282
See: INDIANS

53.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, c. 202, ss. 13, 20(1), 30, 138(4) 49
See: CRIMINAL LAW

54.—Hydro and Electric Energy Act, 1971 (Alta.), c. 49, ss. 14(2)(b), 14(2.1) 153
See: CONSTITUTIONAL LAW

55.—Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alta.), c. 2, ss. 6(1), 7(1), (2), 11.1(1), (2), (3) 699
See: CIVIL RIGHTS

56.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 26(2) .. 2
See: CRIMINAL LAW

57.—Interpretation Act, R.S.C. 1970, c. I-23, s. 27 188
See: CONSTITUTIONAL LAW

58.—Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2, s. 31(6)(c) 138
See: TRIAL

59.—Juvenile Delinquents Act, R.S.C. 1970, c. J-3, ss. 8, 28 69
See: CRIMINAL LAW

STATUTES—Continued

60.—Mechanics' Lien Act, R.S.O. 1970, c. 267, ss. 7(3), (4), 14(1), 16, 20, 21, 22 459
See: MECHANICS' LIENS

61.—Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1970, c. 281, ss. 2, 3, 4, 5, 9, 10, as amended by 1973 (Ont.), c. 13, ss. 3, 4, 6, 7. 49
See: CRIMINAL LAW

62.—Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, c. 253, s. 70(1). 42
See: NEGLIGENCE

63.—Municipal Act, R.S.O. 1970, c. 284, s. 354(1), para. 131 254
See: MUNICIPAL LAW

64.—Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(1). 188
See: CONSTITUTIONAL LAW

65.—Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 5(1). 188
See: CRIMINAL LAW

66.—Nova Scotia Government Employees Association Act, 1973 (N.S.), c. 136, s. 6(d). 211
See: LABOUR RELATIONS

67.—Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 1970, c. 267, ss. 5, 43(1), (2), (3) 699
See: CIVIL RIGHTS

68.—Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4, ss. 2, 28(1)(a), (b), (c), 36(1), (2), 38, 45(1)(a), (b), 63(1)(b). 504
See: PATENTS

69.—Pilotage Act, 1971 (Can.), c. 52, ss. 12, 14, 16(1). 261
See: MARITIME LAW

70.—Professional Code, 1973 (Que.), c. 43, ss. 32, 37(b). 295
See: LAW OF PROFESSIONS

71.—Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1970, c. 374, s. 11. 92
See: ADMINISTRATIVE LAW

72.—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 31. 199
See: LABOUR LAW

STATUTES—Concluded

73.—Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 21. 631
See: ADMINISTRATIVE LAW

74.—Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 65, 91(1), 92(1), 96(2). 129
See: LABOUR RELATIONS

75.—Real Estate Assessment Act, 1971 (Que.), c. 50 as amended. 280
See: MUNICIPAL LAW

76.—Registry Act, R.S.O. 1970, c. 409, ss. 69(1), 70.... 459
See: MECHANICS' LIENS

77.—Residential Tenancies Act, 1979, 1979 (Ont.), c. 78. 714
See: CONSTITUTIONAL LAW

78.—Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4, 5. 753
See: CONSTITUTIONAL LAW

79.—Statute of Westminster, 1931, 1931 (U.K.), c. 4, ss. 2, 3, 4, 5, 7. 753
See: CONSTITUTIONAL LAW

80.—Statute of Westminster, 1931, 1931 (U.K.), c. 4, s. 7(1). 753
See: CONSTITUTIONAL LAW

81.—Unemployment Insurance Act, 1970-71-72 (Can.), c. 48 as amended, ss. 64(4), 64(6), 70, 75. 401
See: ADMINISTRATIVE LAW

82.—Workers' Compensation Act, 1968 (B.C.), c. 59, s. 10(1). 42
See: NEGLIGENCE

TRIAL

Jury – Jury's verdict set aside as perverse and unreasonable – Whether or not trial judge had exceeded his authority in rendering judgment inconsistent with the jury's verdict – Judicature Act, 1972 (N.S.), c. 2, s. 31(6)(c) – Rules of Court, rule 34.09(4).

CAMERON *et al.* v. EXCELSIOR LIFE INSURANCE CO., 138.

INDEX

APPEL

1. Requête en autorisation de pourvoi – Requête rejetée.

NICHOLSON c. HALDIMAND-NORFOLK REGIONAL BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 92.

2. Pratique – Retard dans l'audition de l'appel – Appel considéré abandonné – Permission accordée pour une nouvelle audition – Réaudition d'une requête pour proroger le délai d'audition de l'appel et pour réinscrire l'appel pour audition – Appel censé ne pas avoir été abandonné – Règles de la Cour suprême du Canada, règle 61.

KIRSCH *et autre* c. LA REINE (*Réaudition de la requête*), 438.

ASSURANCE

Interprétation d'une police – Clause sur l'incendie et sur l'explosion – Surchauffage de résine époxyde – Y a-t-il eu explosion ou danger imminent d'explosion donnant lieu à responsabilité des dommages?

LIVERPOOL & LONDON & GLOBE INS. CO. LTD. *et autres* c. CANADIAN GENERAL ELECTRIC CO. LTD., 600.

BREVETS

Contrefaçon – Validité – Mémoire descriptif – Antériorité – Nouveauté – Double brevet et division imposée de la demande originale – Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 2, 28(1)a),b),c), 36(1), (2), 38, 45(1)a),b), 63(1)b).

CONSOLBOARD INC. v. MACMILLAN BLOEDEL (SASK.) LTD., 504.

CODE CIVIL

1.—Article 6(4) 29
Voir: DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

2.—Article 245 29
Voir: MINEURS

3.—Article 407 94
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

4.—Articles 1025, 1026, 1065, 1067, 1070 553
Voir: PROCÉDURE CIVILE

5.—Article 1053 578
Voir: RESPONSABILITÉ

6.—Articles 1067, 1673 424
Voir: PROCÉDURE CIVILE

7.—Article 1522 260
Voir: VENTE

CODE CIVIL—Fin

8.—Article 2013 *et suiv.* 12
Voir: DROIT CIVIL

CODE DE PROCÉDURE CIVILE

1.—Article 68 578
Voir: RESPONSABILITÉ

2.—Article 453 94
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

3.—Articles 469, 1003, 1005 553
Voir: PROCÉDURE CIVILE

4.—Article 475 280
Voir: DROIT MUNICIPAL

5.—Articles 752, 847, 1002, 1003b) 424
Voir: PROCÉDURE CIVILE

6.—Article 806 445
Voir: DROIT CIVIL

7.—Articles 851, 855 29
Voir: MINEURS

8.—Articles 955, 956, 985 67
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

CONTRATS

1. Erreur – Soumission en vue d'un contrat de construction – Erreur de calcul de la soumission découverte par l'intimée après l'ouverture des soumissions – Notification de l'erreur aux appelantes avant l'acceptation de la soumission – Refus de l'intimée de signer le contrat – Les appelantes ont-elles le droit de confisquer le dépôt?

R. DU CHEF DE L'ONTARIO *et autre* c. RON ENGINEERING & CONSTRUCTION (EASTERN) LTD., 111.

2. Formation – Acceptation – Transmission de l'acceptation – Contre-offre paraphée dans le délai prévu – Lettre d'acceptation datée, mise à la poste et reçue après l'expédition du délai – Lettre d'accompagnement de la contre-offre demandant de la retourner dès que possible – L'acceptation réelle crée-t-elle un contrat valide?

SCHILLER *et autres* c. FISHER *et autres*, 593.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Police – Demande de permission d'appeler sur l'effet d'une loi après le refus de la Cour d'appel de l'Ontario d'autoriser un appel interjeté sur une question particulière d'un arrêt de la Cour divisionnaire de l'Ontario – Autorisation d'appel à une cour d'appel intermédiaire accordée sur d'autres questions –

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

The Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1970, chap. 374, art. 11.

NICHOLSON c. HALDIMAND-NORFOLK REGIONAL BOARD OF COMMISSIONERS OF POLICE, 92.

2. Procédure civile – Jugement déclaratoire – Expropriation du Village olympique – Juridiction du conseil d'arbitrage – Loi concernant le village olympique, 1976 (Qué.), chap. 43, art. 6, 10 et 27 – Code civil, art. 407 – Code de procédure civile, art. 453.

TERRASSES ZAROLEGA INC. *et autres* c. RÉGIE DES INSTALLATIONS OLYMPIQUES, 94.

3. Assurance-chômage – Pouvoir de révoquer les réductions accordées pour les années précédentes – Autorité judiciaire – Loi sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications, art. 64(4), 64(6), 70, 75 et Règlement, art. 24 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

COMMISSION DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION DU CANADA c. MACDONALD TOBACCO INC., 401.

4. Compétence de la Cour d'appel fédérale – Nomination par la Commission de la Fonction publique – Les chances d'avancement ont-elles été amoindries? – «De l'avis de la Commission» – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28 – Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21.

NENN c. LA REINE, 631.

5. Compétence – Conseils – Réglementation de l'énergie et des ressources énergétiques – Programme d'action positive – Le Conseil a-t-il compétence pour exiger que l'approbation du projet énergétique soit assujettie à la mise en œuvre d'un programme d'action positive?

ATHABASCA TRIBAL COUNCIL c. COMPAGNIE DE PÉTROLE AMOCO CANADA LTÉE *et autres*, 699.

DROIT CIVIL

1. Privilège d'entrepreneur – Naissance du privilège: date du contrat d'entreprise ou du début des travaux – Code civil, art. 2013 et suiv.

ARMOR ASCENSEUR QUÉBEC LTÉE c. CAISSE DE DÉPÔT ET PLACEMENT DU QUÉBEC, 12.

2. Prescription au-delà du titre – Prescription décennale et trentenaire – Code de procédure civile, art. 806.

LAVOIE c. MICHAUD, 445.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Conduite pendant une suspension de permis – Domaine de législation provinciale – Effet national de la suspension provinciale de permis – Objet et nature véritables du texte de loi – Est-il *ultra vires* du Parlement? – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(27) – Code criminel, art. 238(3).

BOGGS c. LA REINE, 49.

2. Procédure – Division des petites créances de la Cour provinciale – Constitutionnalité de l'exclusion de la représentation par avocat – Code de procédure civile, art. 955, 956, 985.

AUTOMOBILES NISSAN DU CANADA LTÉE *et autre* c. PELLETIER *et autres*, 67.

3. Compétence – Demande d'une compagnie d'électricité visant à obtenir d'une commission provinciale l'autorisation de construire une ligne de transmission dans la province jusqu'à un point situé près de la frontière de la province – Projet de raccordement au réseau électrique d'une autre province – Le projet est-il un ouvrage ou une entreprise reliant des provinces et par conséquent relevant de la compétence législative exclusive du fédéral? – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 92(10)a) – The Hydro and Electric Energy Act, 1971 (Alta.), chap. 49, art. 14(2)(b), 14(2.1).

FULTON *et autres* c. ENERGY RESOURCES CONSERVATION BOARD *et autre*, 153.

4. Pouvoir du procureur général du Canada d'intenter des poursuites pour complot en vue d'importer des stupéfiants – Application de l'arrêt Hauser – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(1) – Code criminel, art. 2, 115(2), 423(1) – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(27), 92(14).

R. c. AZIZ, 188.

5. Application de l'art. 133 A.A.N.B. aux règlements adoptés par le gouvernement, aux règlements municipaux et scolaires, aux règlements de l'Administration et des organismes parapublics et aux règles de pratique des tribunaux – Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 7 à 13 – A.A.N.B., art. 92(8), 93, 129, 133 – Règles de la Cour suprême, règle 61.

PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC c. BLAIKIE *et autres*, 312.

6. Tribunaux – Propriétaires et locataires – Commission provinciale nantie du pouvoir d'évincer les locataires et de faire appliquer les obligations des propriétaires et des locataires – L'attribution de ces pouvoirs à la Commission est-elle *ultra vires*? – Loi de 1979 sur la location résidentielle, 1979 (Ont.), chap. 78 – Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, art. 96.

RE LOI DE 1979 SUR LA LOCATION RÉSIDENTIELLE, 714.

7. Modification de la Constitution – Pouvoir de modification – Pouvoir des deux chambres fédérales de procéder par résolution lorsque cela a un effet sur les relations fédérales-provinciales – Une convention peut-elle se cristalliser en règle de droit? – Souveraineté des provinces à l'égard de leurs pouvoirs en vertu de l'A.A.N.B. – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 1867 (R.-U.), chap. 3 et modifications, art. 18, 91, 92, 146 – Statut de Westminster, 1931, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 2, 3, 4, 5, 7 – Loi sur le Sénat et la Chambre des

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4, 5 – Bill of Rights, 1689 (Angl.), chap. 2, art. 9.

RENVOI: RÉSOLUTION POUR MODIFIER LA CONSTITUTION, 753.

8. Convention constitutionnelle – Modification de la Constitution – Projet de modification de la Constitution ayant un effet sur les pouvoirs provinciaux – Huit provinces opposées à la résolution – Le consentement des provinces est-il requis par convention constitutionnelle? – Degré de consentement – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 1867 (R.-U.), chap. 3 et modifications, art. 9, 15, 91(1), 92(1), 92(5) – Statut de Westminster, 1931, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 7(1).

RENVOI: RÉSOLUTION POUR MODIFIER LA CONSTITUTION, 753.

DROIT CRIMINEL

1. Mandat de saisie d'armes à feu – Propriétaire du terrain refusant de laisser entrer les policiers – Mandat de saisie n'incluant pas le droit de perquisitionner – Code criminel, art. 105(1), 618(2)a) – Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(2).

COLET C. LA REINE, 2.

2. Condamnation pour conduite pendant une suspension de permis – Législation provinciale sous-jacente – Suspension ou annulation par simple mesure administrative ou judiciaire – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 238(1), (2), (3) modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 19(1), (2), (3) – The Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, chap. 202, art. 13, 20(1), 30, 138(4) – The Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1970, chap. 281, art. 2, 3, 4, 5, 9, 10, modifiée par 1973 (Ont.), chap. 13, art. 3, 4, 6, 7.

BOGGS C. LA REINE, 49.

3. Refus de témoigner d'un enfant – Condamnation pour outrage au tribunal – Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 8, 28 – Code criminel, art. 8, 9.

VAILLANCOURT C. LA REINE, 69.

4. Procédure – Complot en vue d'importer des stupéfiants – Acte d'accusation porté par le procureur général du Canada – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(1) – Code criminel, art. 423(1).

R. C. AZIZ, 188.

5. Agent de la G.R.C. agissant à titre de «poursuivant» – Acte criminel – Nouveau procès ou acquittement – Code criminel, art. 2, 236(1), 426, 427, 482, 483, 484(2), 487, 720, 721, 722, 747.

EDMUNDS C. LA REINE, 233.

6. Choix d'un procès devant un juge et un jury – Un accusé peut-il choisir le tribunal devant lequel il sera jugé de même que le mode de procès? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié par 1974-75-76, chap. 93, art. 429.1, 464, 482, 484, 492(3), 497d), 507.

SZPYT C. LA REINE, 248.

DROIT CRIMINEL—Suite

7. Appel – Dissidence ne portant pas sur une question de droit seulement en Cour d'appel – Pourvoi rejeté.

R. C. SHERWOOD ET RICARD, 335.

8. Exposé du juge au jury – Omission de résumer certains témoignages – Omission de vulgariser des témoignages d'experts.

THÉRIAULT C. LA REINE, 336.

9. Accusation de fraude et de complot – Crédibilité du témoignage de l'accusé – Condamnation – Code criminel, art. 338(1), 423(1)d).

HÉBERT C. LA REINE, 361.

10. Déclarations de culpabilité pour avoir comploté dans le but d'influencer la cote d'actions offertes en vente au public – Preuve à charge par témoins complices – Juge laisse aux jurés le choix de considérer dans la preuve des éléments corroboratifs – Eléments suggérés aux jurés comme corroboratifs et qui ne l'étaient pas d'après la loi – Erreur de droit – Non-applicabilité de l'art. 613(1)b)(iii) – Nouveau procès ordonné – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338(2), 423(1)d), 613(1)b)(iii).

KIRSCH *et autre* C. LA REINE, 440.

11. Meurtre – «Fin illégale» – Défense d'ivresse – Citation du Journal des débats – Arrêt antérieur de la Cour à ne pas suivre – Code criminel, art. 205(5)a), 212a)(i), 212a)(ii), 212c).

R. C. VASIL, 469.

12. Défense – Contrainte – Accusation de viol – Exclusion de la défense «l'aide à l'accomplissement d'un viol» mais non le viol – L'appelant invoque la contrainte – Le viol est-il exclu de la défense de contrainte? – S'il ne l'est pas, y a-t-il une preuve suffisante pour soumettre ce moyen de défense au jury? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17.

BERGSTROM C. LA REINE, 539.

13. Attentat à la pudeur – Question de consentement – Pas de témoignage des accusés – Témoignage non contredit de la plaignante – Déclarations de la plaignante au procès incompatibles avec des déclarations antérieures – Aucune de ces déclarations relatives au consentement – Juge du procès indiquant au jury le danger de condamner sur le seul témoignage de la plaignante – Directives adéquates du juge du procès au jury – Code criminel, art. 149(1).

RHYNARD *et autre* C. LA REINE, 564.

14. Accusation de conduite en état d'ébriété – Preuve orale – La présomption légale simple s'applique-t-elle? – Faut-il faire la preuve du caractère approprié de la substance? – Code criminel, art. 237(1)c), 237(1)f).

LIGHTFOOT C. LA REINE, 566.

15. Tentative de vol à main armée – Braquer sans excuse légitime une arme à feu – Preuve que l'accusé est dans un état de dissociation par suite d'une combinaison de facteurs dont des lésions cérébrales et l'ivresse – Défense d'automatisme sans aliénation mentale – En appel, l'état de dissociation considéré comme une maladie mentale – Aucune preuve d'automatisme sans aliénation mentale à soumettre au jury – Ordre de nou-

DROIT CRIMINEL—Fin

veau procès confirmé – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 83(1)a), 84(1)a), 421a).

REVELLE C. LA REINE, 576.

16. Recevabilité d'une confession – Un policier déguisé est-il une «personne ayant autorité»? – La confession est-elle volontaire? – Voir dire.

ROTHMAN C. LA REINE, 640.

DROIT DES PROFESSIONS

Comptable agréé et comptable général licencié – «Agir de manière à donner lieu de croire» – Libellé de la plainte – Code des professions, 1973 (Qué.), chap. 43, art. 32, 37b) – Loi des comptables agréés, 1973 (Qué.), chap. 64, art. 24.

ORDRE DES COMPTABLES AGRÉÉS DU QUÉBEC C. GOULET, 295.

DROIT DU TRAVAIL

1. Fonction publique – Permanence d'un poste – Bilinguisme – Règlement exemptant des exigences linguistiques prévues à la loi des employés occupant des postes bilingues – Application du Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique – Droit de demeurer ou d'être rétabli dans un poste antérieur – Droits de gestion de l'employeur en opposition avec les droits de l'employé de demeurer dans un poste – Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 31 – Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7(1) – Décret d'exclusion sur les langues officielles dans la Fonction publique, DORS/77-886, art. 6a).

KELSO C. LA REINE, 199.

2. Requête en révision de description d'unité de négociation – Conseil canadien des relations du travail – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28(1)a), b) et c) – Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 119.

CKCV (QUÉBEC) LTÉE C. CONSEIL CANADIEN DES RELATIONS DU TRAVAIL, 411.

3. Convention collective – Arbitrage – Application – Disposition législative prévoyant une convention collective qui lie tous les collèges de la province – Sentence prononcée contre un collège qui n'est pas une partie à l'action – La sentence arbitrale lie-t-elle les appelants? – The Colleges Collective Bargaining Act, 1975, 1975 (Ont.), chap. 74, art. 47(1), (5), (7).

ISABELLE *et autres* C. ASSOCIATION DES FONCTIONNAIRES PROVINCIAUX DE L'ONTARIO, 449.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Appelants, parents naturels, résidant en Ontario – Intimés à qui la garde a été donnée, domiciliés au Québec – Code civil, art. 6(4) – Loi sur l'adoption, L.R.Q. 1977, chap A-7, art. 1b), 1d), 6a), 15, 16, 17 – The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, chap. 64, art. 73, mod. par 1971 (Ont.), vol. 2, chap. 98, art. 4(1) et 1975 (Ont.), chap. 1, art. 31.

PAQUETTE *et autre* C. GALIPEAU *et autre*, 29.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ—Fin

DROIT MARITIME

1. Marine marchande – Pilotage obligatoire – Considérations de sécurité sous-jacentes aux règlements de pilotage – Effet d'une partialité possible dans la formulation du règlement de pilotage – Validité de l'inclusion du pavillon du navire à titre de considération d'exemption ou de dispense de pilotage obligatoire – Divisibilité de cette considération – Loi sur le pilotage, 1971 (Can.), chap. 52, art. 12, 14, 16(1) – Règlement sur le pilotage dans la région du Pacifique, C.R.C., chap. 1270, art. 9, 10.

ALASKA TRAINSHIP CORPORATION *et autre* C. ADMINISTRATION DE PILOTAGE DU PACIFIQUE, 261.

2. Abordage – Négligence – Responsabilité du propriétaire du navire – Applicabilité de la limitation de responsabilité prévue dans la Loi – La perte s'est-elle produite sans la faute ou complicité du propriétaire du navire? – Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647(2), 649(1).

VACCHER *et autre* C. KAUFMAN *et autre*, 301.

3. Chaland perdu en mer – Rupture de l'attache du câble de remorquage – Attache remboîtée aux termes d'un contrat – Contrat de remorquage exigeant un bon état de navigabilité au commencement du voyage – Aucune preuve de responsabilité de diligence raisonnable – Le propriétaire du remorqueur est-il responsable? – La tierce partie est-elle tenue, du fait de sa négligence dans l'opération de remboîtement, d'indemniser les autres parties?

WIRE ROPE INDUSTRIES OF CANADA (1966) LTD. C. B.C. MARINE SHIPBUILDERS LTD. *et autres*, 363.

DROIT MUNICIPAL

1. Règlements – Disposition de la loi municipale sur les permis et la réglementation des garages publics autorisant l'adoption d'un règlement imposant des restrictions sur les lieux d'exploitation – Le pouvoir d'autoriser par permis ou de réglementer une entreprise ou commerce précis comprend-il les règlements relatifs à l'aménagement des lieux où le commerce ou l'entreprise est exploité? – The Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284, art. 354(1), par. 131.

TEXACO CANADA LTD. C. CORPORATION OF CITY OF VANIER, 254.

2. Evaluation – Conclusions de l'évaluateur municipal contestées – Portée d'une vente ultérieure à l'évaluation sur l'établissement de la valeur réelle d'un complexe industriel – Maintien par le Bureau de révision des évaluations déposées

DROIT MUNICIPAL—Fin

aux rôles – Loi sur l'évaluation foncière, 1971 (Qué.), chap. 50 et modifications – Code de procédure civile, art. 475.

CONGOLEUM CANADA LTD. *et autres* c. COMMUNAUTÉ URBAINE DE MONTRÉAL *et autre*, 280.

EFFETS NÉGOCIABLES

Billets à ordre – Somme précise – Intérêt à payer «à compter de la date du prêt» – Preuve extrinsèque nécessaire pour fixer la date – La somme imprécise empêche-t-elle l'effet d'être un billet à ordre au sens de la Loi sur les lettres de change – Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 28, 176(1), 186.

MACLEOD SAVINGS & CREDIT UNION LTD. c. PERRETT, 78.

EXPROPRIATION

Règlement municipal – Droits acquis – Nombre de zones – Indemnité déterminée par la Régie des services publics – Homologation par la Cour supérieure – Indemnité confirmée.

BLANCHETTE *et autres* c. CORPORATION MUNICIPALE DE BÉCANCOUR, 77.

HYPOTHÈQUES

Intérêt – Calcul – Clause de remboursement prévoyant l'intérêt à un taux prescrit par an et l'intérêt dû payable mensuellement.

METROPOLITAN TRUST CO. *et autres* c. MORENISH LAND DEVELOPMENTS LTD., 171.

INDIENS

Droits de chasse – Indien visé par un traité chassant pour se nourrir sur un terrain de chasse traditionnel accusé d'avoir chassé dans une zone de protection de la faune contrairement à The Game Act de la Saskatchewan – Zone de protection de la faune faisant partie de terres visées par un traité – Droits des Indiens de chasser sur les terres inoccupées de la Couronne et sur les autres terres auxquelles ils ont un droit d'accès préservés par une convention fédérale-provinciale sur les ressources naturelles – La zone de protection de la faune est-elle une terre occupée de la Couronne? Dans l'affirmative, l'appelant y a-t-il un droit d'accès? – The Game Act, 1967, 1967 (Sask.), chap. 78, art. 9a) – Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, 1930 (Imp.), chap. 26.

MOOSEHUNTER c. LA REINE, 282.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Discrimination – Programme d'action positive – Critères raciaux – Les critères du programme d'action positive contreviennent-ils à The Individual's Rights Protection Act de l'Alberta? The Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 1970, chap. 267, art. 5, 43(1), (2), (3) – The Energy Resources Conservation Act, 1971 (Alta.), chap. 30, art. 2, 24(1), (2), 42(1) – The Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alta), chap. 2, art. 6(1), 7(1), (2), 11.1(1), (2), (3).

ATHABASCA TRIBAL COUNCIL v. COMPAGNIE DE PÉTROLE AMOCO CANADA LTÉE ET AUTRES, 699.

LOIS

1.—A.A.N.B., art. 92(8), 93, 129, 133. ... 312
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

2.—A.A.N.B., art. 133 ... 312
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

3.—Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England, 1840 (R.-U.), chap. 65, art. 6. ... 363
Voir: TRIBUNAUX

4.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, art. 91(27). ... 49
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

5.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 92(10)a). ... 153
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

6.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91(27), 92(14). ... 188
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

7.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1930, 1930 (Imp.), chap. 26. ... 282
Voir: INDIENS

8.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91.10. ... 363
Voir: TRIBUNAUX

9.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, S.R.C. 1970, art. 96. ... 714
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

10.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 1867 (R.-U.), chap. 3 et modifications, art. 9, 15, 91(1), 92(1), 92(5). ... 755
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

11.—Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 1867 (R.-U.), chap. 3 et modifications, art. 18, 91, 92, 146. ... 755
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

12.—Acte de l'Amirauté de 1891, 1891 (Can.), chap. 29, art. 3, 4. ... 363
Voir: TRIBUNAUX

LOIS—Suite

13.—Acte des Cours coloniales d'Amirauté, 1890, 1890 (R.-U.), chap. 27 363
Voir: TRIBUNAUX

14.—Bill of Rights, 1689 (Angl.), chap. 2, art. 9. 755
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

15.—Charte de la langue française, L.R.Q. 1977, chap. C-11, art. 7 à 13. 312
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

16.—Child Welfare Act, R.S.O. 1970, chap. 64, art. 73, mod. par 1971 (Ont.), vol. 2, chap. 98, art. 4(1) et 1975 (Ont.), chap. 1, art. 31. 29
Voir: MINEURS

17.—Child Welfare Act, R.S.O. 1970, chap. 64, art. 73, mod. par 1971 (Ont.), vol. 2, chap. 98, art. 4(1) et 1975 (Ont.), chap. 1, art. 31. 29
Voir: DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

18.—Child Welfare Act, 1974 (Man.), chap. C80, art. 15(1), (2), (4), (6) 625
Voir: MINEURS

19.—Civil Service Act, R.S.N.S. 1967, chap. 34, art. 9, 22, 57 211
Voir: RELATIONS DE TRAVAIL

20.—Civil Service Joint Council Act, R.S.N.S. 1967, chap. 35, art. 3, 8. 211
Voir: RELATIONS DE TRAVAIL

21.—Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1, art. 119 411
Voir: DROIT DU TRAVAIL

22.—Code criminel, art. 105(1), 618(2)a). 2
Voir: DROIT CRIMINEL

23.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 238(1), (2), (3) modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 19(1), (2), (3). 49
Voir: DROIT CRIMINEL

24.—Code criminel, art. 238(3). 49
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

25.—Code criminel, art. 8, 9 69
Voir: DROIT CRIMINEL

26.—Code criminel, art. 2, 115(2), 423(1) 188
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

27.—Code criminel, art. 423(1). 188
Voir: DROIT CRIMINEL

28.—Code criminel, art. 2, 236(1), 426, 427, 482, 483, 484(2), 487, 720, 721, 722, 747. 233
Voir: DROIT CRIMINEL

29.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 429.1, 464, 482, 484, 492(3), 497d), 507. 248
Voir: DROIT CRIMINEL

30.—Code criminel, art. 338(1), 423(1)d). 361
Voir: DROIT CRIMINEL

LOIS—Suite

31.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2) 437
Voir: TRIBUNAUX

32.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 338(2), 423(1)d), 613(1)b)(iii) 440
Voir: DROIT CRIMINEL

33.—Code criminel, art. 205(5)a), 212a)(i), 212a)(ii), 212c) 469
Voir: DROIT CRIMINEL

34.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 17... 539
Voir: DROIT CRIMINEL

35.—Code criminel, art. 149(1). 564
Voir: DROIT CRIMINEL

36.—Code criminel, art. 237(1)c), 237(1)f). 566
Voir: DROIT CRIMINEL

37.—Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 83(1)a), 84(1)a), 421a) 576
Voir: DROIT CRIMINEL

38.—Code des professions, 1973 (Qué.), chap. 43, art. 32, 37b). 295
Voir: DROIT DES PROFESSIONS

39.—Colleges Collective Bargaining Act, 1975, 1975 (Ont.), chap. 74, art. 47(1), (5), (7) 449
Voir: DROIT DU TRAVAIL

40.—Energy Resources Conservation Act, 1971 (Alta.), chap. 30, art. 2, 24(1), (2), 42(1). 699
Voir: LIBERTÉS PUBLIQUES

41.—Game Act, 1967, 1967 (Sask.), chap. 78, art. 9a). 282
Voir: INDIENS

42.—Highway Traffic Act, R.S.O. 1970, chap. 202, art. 13, 20(1), 30, 138(4) 49
Voir: DROIT CRIMINEL

43.—Hydro and Electric Energy Act, 1971 (Alta.), chap. 49, art. 14(2)(b), 14(2.1). 153
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

44.—Individual's Rights Protection Act, 1972 (Alta.), chap. 2, art. 6(1), 7(1), (2), 11.1(1), (2), (3). 699
Voir: LIBERTÉS PUBLIQUES

45.—Judicature Act, 1972 (N.-É.), chap. 2, art. 31(6)c). 138
Voir: PROCÈS

46.—Loi concernant le village olympique, 1976 (Qué.), chap. 43, art. 6, 10, 27. 94
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

47.—Loi d'amirauté, 1934, 1934 (Can.), chap. 31. 363
Voir: TRIBUNAUX

48.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 26(2). 2
Voir: DROIT CRIMINEL

LOIS—Suite

49.—Loi d'interprétation, S.R.C. 1970, chap. I-23, art. 27. 188
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

50.—Loi de 1979 sur la location résidentielle, 1979 (Ont.), chap. 78. 714
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

51.—Loi des comptables agréés, 1973 (Qué.), chap. 64, art. 24. 295
Voir: DROIT DES PROFESSIONS

52.—Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, art. 65, 91(1), 92(1), 96(2). 129
Voir: RELATIONS DE TRAVAIL

53.—Loi sur l'administration financière, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 7(1). 199
Voir: DROIT DU TRAVAIL

54.—Loi sur l'adoption, L.R.Q. 1977, chap. A-7, art. 1b), 1d), 6a), 15, 16, 17. 29
Voir: MINEURS

55.—Loi sur l'adoption, L.R.Q. 1977, chap. A-7, art. 1b), 1d), 6a), 15, 16, 17. 29
Voir: DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

56.—Loi sur l'assurance-chômage, 1970-71-72 (Can.), chap. 48 et modifications, art. 64(4), 64(6), 70, 75. 401
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

57.—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 31. 199
Voir: DROIT DU TRAVAIL

58.—Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 21. 631
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

59.—Loi sur l'évaluation foncière, 1971 (Qué.), chap. 50 et modifications. 280
Voir: DROIT MUNICIPAL

60.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), (2), 42. 363
Voir: TRIBUNAUX

61.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28. 401
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

62.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28(1)a), b), c). 411
Voir: DROIT DU TRAVAIL

63.—Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28. 631
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

64.—Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, chap. S-9, art. 647(2), 649(1). 301
Voir: DROIT MARITIME

65.—Loi sur le pilotage, 1971 (Can.), chap. 52, art. 12, 14, 16(1). 261
Voir: DROIT MARITIME

LOIS—Fin

66.—Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4, 5. 755
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

67.—Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, chap. P-4, art. 2, 28(1)a), b), c), 36(1), (2) 38, 45(1)a), b), 63(1)b). 504
Voir: BREVETS

68.—Loi sur les jeunes délinquants, S.R.C. 1970, chap. J-3, art. 8, 28. 69
Voir: DROIT CRIMINEL

69.—Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, chap. B-5, art. 28, 176(1), 186. 78
Voir: EFFETS NÉGOCIABLES

70.—Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(1). 188
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

71.—Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 5(1). 188
Voir: DROIT CRIMINEL

72.—Mechanics' Lien Act, S.R.O. 1970, chap. 267, art. 7(3), (4), 14(1), 16, 20, 21, 22. 459
Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

73.—Motor Vehicle Accident Claims Act, R.S.O. 1970, chap. 281, art. 2, 3, 4, 5, 9, 10, modifiée par 1973 (Ont.), chap. 13, art. 3, 4, 6, 7. 49
Voir: DROIT CRIMINEL

74.—Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, chap. 253, art. 70(1). 42
Voir: RESPONSABILITÉ

75.—Municipal Act, R.S.O. 1970, chap. 284, art. 354(1), par. 131. 254
Voir: DROIT MUNICIPAL

76.—Nova Scotia Government Employees Association Act, 1973 (N.S.), chap. 136, art. 6d). 211
Voir: RELATIONS DE TRAVAIL

77.—Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 1970, chap. 267, art. 5, 43(1), (2), (3). 699
Voir: LIBERTÉS PUBLIQUES

78.—Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1970, chap. 374, art. 11. 92
Voir: DROIT ADMINISTRATIF

79.—Registry Act, S.R.O. 1970, chap. 409, art. 69(1), 70. 459
Voir: PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

80.—Statut de Westminster, 1931, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 2, 3, 4, 5, 7. 755
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

81.—Statut de Westminster, 1931, 1931 (R.-U.), chap. 4, art. 7(1). 753
Voir: DROIT CONSTITUTIONNEL

82.—Workers' Compensation Act, 1968 (B.C.), chap. 59, art. 10(1). 42
Voir: RESPONSABILITÉ

MINEURS

1. Adoption – Annulation d'un bref d'*habeas corpus* – Garde d'un enfant naturel confié aux intimés pour adoption – Validité du consentement – Retrait du consentement – Code civil, art. 245 – Code de procédure civile, art. 851, 855 – Loi sur l'adoption, L.R.Q. 1977, chap. A-7, art. 1b), 1d), 6a), 15, 16, 17 – The Child Welfare Act, R.S.O. 1970, chap. 64, art. 73, mod. par 1971 (Ont.), vol. 2, chap. 98, art. 4(1) et 1975 (Ont.), chap. 1, art. 31.

PAQUETTE *et autre* c. GALIPEAU *et autre*, 29.

2. Adoption – Cession volontaire – Révocation subséquente du consentement – Disposition législative prévoyant la révocation de la cession volontaire avant le placement de l'enfant – Consentement révoqué le lendemain de la cession de l'enfant mais non avant son placement – L'intimée a-t-elle droit à ce que son enfant lui soit rendu? – The Child Welfare Act, 1974 (Man.), chap. C80, art. 15(1), (2), (4), (6).

DIRECTEUR DE LA PROTECTION DE L'ENFANCE (MANITOBA) *et autres* c. Y, 625.

PRIVILÈGES DE CONSTRUCTEUR

Priorités – Créancier hypothécaire et créancier privilégié – Avance de fonds antérieure à la naissance du privilège mais constitution de l'hypothèque uniquement comme sûreté après la naissance du privilège et sans avis de celui-ci – Enregistrement de l'hypothèque antérieur à celui du privilège – The Mechanics' Lien Act, S.R.O. 1970, chap. 267, art. 7(3), (4), 14(1), 16, 20, 21, 22 – The Registry Act, S.R.O. 1970, chap. 409, art. 69(1), 70.

DORBERN INVESTMENTS LTD. c. BANQUE PROVINCIALE DU CANADA, 459.

PROCÉDURE CIVILE

1. Autorisation d'exercice du recours collectif – Apparence de droit – Sens de l'expression «paraissent justifier» – Obligations du voiturier – Interpellation judiciaire et mise en demeure – Code de procédure civile, art. 752, 847, 1002, 1003b) – Code civil, art. 1067, 1673.

COMITÉ RÉGIONAL DES USAGERS DES TRANSPORTS EN COMMUN DE QUÉBEC c. COMMISSION DES TRANSPORTS DE LA COMMUNAUTÉ URBAINE DE QUÉBEC, 424.

2. Autorisation d'exercer un recours collectif – «Représentation adéquate» des membres du groupe – Conclusion non susceptible d'exécution – Chose certaine et déterminée – Amendement verbal en Cour suprême – Intérêts et mise en demeure – Code de procédure civile, art. 469, 1003, 1005 – Code civil, art. 1025, 1026, 1065, 1067, 1070.

NAULT c. CANADIAN CONSUMER CO. LTD., 553.

PROCÈS

Jury – Verdict du jury infirmé, parce qu'inique et déraisonnable – Le juge de première instance a-t-il excédé ses pouvoirs en rendant un jugement incompatible avec le verdict du jury? – Judicature Act, 1972 (N.-É.), chap. 2, art. 31(6)c) – Règles de la cour, art. 34.09(4).

CAMERON *et autres* c. COMPAGNIE D'ASSURANCE-VIE EXCELSIOR, 138.

RELATIONS DE TRAVAIL

1. Griefs – Employé stagiaire – Congédiement pendant le stage – Aucun recours à la procédure de grief en vertu de la convention collective pour les employés en stage – Grief soumis en vertu de la convention collective rejeté par l'arbitre, grief en vertu de l'art. 91(1) de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick accueilli et réintégration accordée – Sur *certiorari*, sentence arbitrale confirmée sauf pour la réintégration – Appel formé par l'appelante de la modification de la sentence et appel incident de l'intimée – Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, art. 65, 91(1), 92(1), 96(2).

R. DU CHEF DE LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK c. LEEMING *et autre*, 129.

2. Griefs – Employé stagiaire – Congédiement pendant le stage – Aucun recours à la procédure de grief en vertu de la convention collective pour les employés en stage – Grief soumis en vertu de la convention collective rejeté par l'arbitre, grief en vertu de l'art. 91(1) de la Loi relative aux relations de travail dans les services publics du Nouveau-Brunswick accueilli et réintégration accordée – Sur *certiorari*, sentence arbitrale confirmée sauf pour la réintégration – Appel formé par l'appelante de la modification de la sentence et appel incident de l'intimée – Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, chap. P-25, art. 65, 91(1), 92(1), 96(2).

LEEMING *et autre* c. LA REINE DU CHEF DE LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 129.

3. Fonction publique – Congédiement – Portée du droit de Sa Majesté de congédier un fonctionnaire – Effet du contrat de travail – Le droit de congédiement de la Couronne est-il supprimé par une convention collective? – Civil Service Act, R.S.N.S. 1967, chap. 34, art. 9, 22, 57 – Civil Service Joint Council Act, R.S.N.S. 1967, chap. 35, art. 3, 8 – Nova Scotia Government Employees Association Act, 1973 (N.S.), chap. 136, art. 6d).

ASSOCIATION DES EMPLOYÉS DU GOUVERNEMENT DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE *et autres* c. COMMISSION DE LA FONCTION PUBLIQUE DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE *et autre*, 211.

RESPONSABILITÉ

1. Véhicules automobiles – Chauffeur de taxi intimée heurtée durant son travail par la voiture de l'appelante conduite avec négligence pendant un essai par un employé de garage qui la réparait – Action de l'intimée contre le conducteur irrecevable en raison de la loi – Conducteur présumé un mandataire ou employé de la propriétaire de la voiture – Action contre la

RESPONSABILITÉ—Fin

propriétaire de la voiture irrecevable ou non – Workers' Compensation Act, 1968 (B.C.), chap. 59, art. 10(1) – Motor-vehicle Act, R.S.B.C. 1960, chap. 253, art. 70(1).

MUNRO *et autre* c. GIBB, 42.

2. Droit international privé – Action en dommages intentée au Québec – Exception déclinatoire – «Lieu où toute la cause d'action a pris naissance» – Option entre les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle – Compétence du tribunal québécois – Code civil, art. 1053 – Code de procédure civile, art. 68.

WABASSO LTD. C. NATIONAL DRYING MACHINERY CO., 578.

TRIBUNAUX

1. Compétence – Cour fédérale du Canada – Division de première instance – Droit maritime canadien – Demandes en indemnisation, en marge d'une action en droit maritime, fondées sur la négligence et l'inexécution d'un contrat – La Cour a-t-elle compétence pour entendre la demande en indemnisation? – Acte de l'Amérique du Nord britannique, art. 91.10 – Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 2, 22(1), (2), 42 – Acte de l'Amirauté de 1891, 1891 (Can.), chap. 29, art. 3, 4 – An Act to improve the Practice and extend the Jurisdiction of the High Court of Admiralty of England, 1840 (R.-U.), chap. 65, art. 6 – Loi d'amirauté, 1934, 1934 (Can.), chap. 31 – Acte des Cours coloniales d'Amirauté, 1890, 1890 (R.-U.), chap. 27.

WIRE ROPE INDUSTRIES OF CANADA (1966) LTD. C. B.C. MARINE SHIPBUILDERS LTD. *et autres*, 363.

2. Pratique – Retard de l'audition de l'appel – Appel censé abandonné – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 623(2).

KIRSCH *et autre* C. LA REINE (*Requête*), 437.

TRIBUNAUX—Fin

VENTE

Véhicules automobiles – Vices cachés – Garantie légale – Garantie conventionnelle – Responsabilité du manufacturier – Lien de droit – Action tardive – Code civil, art. 1522.

DESAULNIERS C. FORD DU CANADA LTÉE, 260.